Die Begründung und Beendigung des Beamtenverhältnisses im Sinne des Deutschen Beamtengesetzes vom 26. Januar 1937

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Julius-Maximilians-Universität zu Würzburg

vorgelegt von

Otto Fritz

Referendar aus Ebersberg/München

1938

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg.

Referent: Geheimrat Prof. Dr. Wilhem Laforet.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Schrifttum und Rechtsprechung.

Einleitung 1

Erster Teil.

Das Beamtenverhältnis im Sinne des DBG.

§ 1. Das Beamtenverhältnis als Inbegriff besonderer Pflichten und Rechte 3

§ 2. Die Rechtsnatur des Beamtenverhältnisses . . . 6

Zweiter Teil.

Die Begründung des Beamtenverhältnisses im Sinne des DBG.

§ 1. Die „Ernennung" als Begriffsbezeichnung für die Begründung des Beamtenverhältnisses 9

§ 2. Die Träger des Beamtenverhältnisses 11

1. Der Dienstherr 12

2. Der Beamte 16

a) Die Beamtenbegriffe 16

b) Die Beamtenfähigkeit 21

c) Die Beamtengemeinschaft als Stand . . . 23

§ 3. Die Amtsstelle im Sinne des § 148 DBG . . . 24

§ 4. Der Ernennungsakt 30

1. Rechtsnatur des Ernennungsaktes 30

a) Die Ernennung als einseitiger, antrags- oder zustimmungsbedingter, rechtsgestaltender Hoheitsakt 30

b) Die Auffassungen vor dem DBG 32

2. Die Formgebundenheit des Ernennungsaktes . . 35

3. Die bei der Ernennung vorgesehene Mitwirkung anderer Stellen und ihre rechtliche Bedeutung für den Ernennungsakt 38

§ 5. Eintritt der Rechtswirksamkeit des Ernennungsaktes . 41

§ 6. Der Beamteneid und seine rechtliche Bedeutung . . 43
§ 7. Rechtsanspruch auf Begründung des Beamtenverhältnisses 45
§ 8. Der fehlerhafte Ernennungsakt 48
a) Der nichtige Ernennungsakt 49
b) Der vernichtbare Ernennungsakt 51
c) Die mangelnde oder fehlerhafte Einwilligung des Ernannten als Grund der Fehlerhaftigkeit des Ernennungsaktes 55
§ 9. Die inhaltliche Ausgestaltung des durch den Ernennungsakt begründeten Beamtenverhältnisses 59

Dritter Teil.

Die Beendigung des Beamtenverhältnisses im Sinne des DBG.

§ 1. Der Begriff der Beendigung des Beamtenverhältnisses . 67
§ 2. Beendigung de facto 68
§ 3. Beendigung de iure 70
§ 4. Beendigung durch Verwaltungsakt 73
1. Die Rechtsnatur des Beendigungsaktes . . . 73
2. Zuständigkeit für den Erlaß des Beendigungsaktes . 74
3. Mitwirkung anderer Stellen bei der Beendigung . . 75
4. Gründe und Geltendmachung der Beendigung . . 76
5. Formgebundenheit des Beendigungsaktes . . . 81
§ 5. Beendigung durch Urteil 82
§ 6. Rechtsinhalt der Beendigung 86
§ 7. Rechtswirksamkeit der Beendigung 87
§ 8. Rechtsstellung des Beamten auf Grund der Beendigung 90
§ 9. Die fehlerhafte Beendigung des Beamtenverhältnisses . 93
1. Die Beendigung de facto und de iure . . . 93
2. Die fehlerhafte Beendigung durch Verwaltungsakt . 96
3. Die fehlerhafte Beendigung durch Urteil . . . 100
§ 10. Rechtsschutz des Beamten gegen die Beendigung des Beamtenverhältnisses 101
Schlußwort 107

Schrifttum und Rechtsprechung.

I.

Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrecht Bd. II, Tübingen 1932.

Brand, A., Das Beamtenrecht, 3. Aufl., Berlin 1928.

— Das Deutsche Beamtengesetz, Berlin 1937.

— in Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung Bd. II, Berlin-Mannheim 1930.

Brauchitsch, M. v., Die Politik Bd. I, 2. Aufl., Leipzig 1847.

Daniels, H., Deutsches Beamtengesetz, Berlin 1937.

Eichmann, E., Kirchenrecht Bd. I, Paderborn 1929.

Emig, K., Die Rechtstellung des Reichsnährstandes, dargestellt an der Frage seiner Fähigkeit zur Anstellung von Beamten; im Recht des Reichsnährstandes 1937 H. 9, S. 341 ff.

Finger, A., Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Stuttgart 1923.

Fischbach, O. G., Das Deutsche Beamtengesetz, Berlin 1937.

— Die Voraussetzungen für die Schaffung von Beamtenstellen; in der Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1937 H. 24 S. 740 ff.

— Kommentar zum Reichsgesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiete des Allgemeinen Beamten-Besoldungs- und Versorgungsrechts v. 30. Juni 1933, Berlin-Leipzig 1933.

Fleiner, F., Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Tübingen 1928.

Frank, H., Deutsches Verwaltungsrecht, München 1937.

Frick, W., Rundfunkansprache vom 27. Jan. 1937, abgedruckt im Völkischen Beobachter v. 28. Januar 1937, 28. Ausgabe.

Gerber, H., Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, H. 7.

— Vom Begriff und Wesen des Beamtentums; im Archiv des öffentlichen Rechts n. F. 18, S. 1 ff.

Giese, F., Das Berufsbeamtentum im deutschen Volksstaat, Berlin 1928.

Gönner, N. Th., Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet, Landshut 1808.

Hänsel, F., Der Behördenbegriff, Diss., Leipzig 1933.

Hatschek, J., Lehrbuch des Deutschen und Preußischen Verwaltungsrechts, 7./8. Aufl. Leipzig 1931.

Helfritz, H., Grundzüge des Beamtenrechts, Berlin 1929.

Herrnritt, R. v., Grundlehren des Verwaltungsrechts, Tübingen 1921.

— Österreichisches Verwaltungsrecht, Tübingen 1925.

Heyland, C., Deutsches Beamtenrecht, Berlin 1938.

Hippel, E. v., Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes, Berlin 1931.

Höhn, R., Der Beamte; im Deutschen Recht 1937 H. 5/6 S. 98 ff.

Huber, E. R., Verfassung, Hamburg 1937.

Ibsen, Widerruf gültiger Verwaltungsakte, Hamburg 1932.

Jaschkowitz, E. J., Der Vertrag im Beamtenrecht; im Archiv des öffentlichen Rechts, n. F. 17 S. 321 ff.
Jellinek, W., Verwaltungsrecht, Berlin 1928.
— Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung; in der Festgabe zur Feier des 50-jährigen Bestehens des PrOVG. S. 84 ff., Berlin 1925.
Klüber, H., Die Grundsätze des Beamtenrechts in der Rechtsprechung des OVG.; im Verwaltungsarchiv Bd. 31 S. 136 ff.
Koellreutter, O., Deutsches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Berlin 1938.
— Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin 1936.
Köhler, L. v., Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart-Berlin 1935.
Kormann, K., System rechtsgeschäftlicher Staatsakte, Berlin 1910.
Köttgen, A., Beamtenrecht, Breslau 1929.
— Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, Berlin-Leipzig 1928.
— Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Berlin 1937.
— Zur Frage des Erwerbs der Beamteneigenschaft; im Archiv des öffentlichen Rechts n. F. 18 S. 225 ff.
Laforet, W., Beamtenrecht oder Arbeitsrecht? im H. 10 der Schriftenreihe des Landesverbands Bayrischer Staatsbeamten.
— Deutsches Verwaltungsrecht, München 1937.
— Fragen der Selbstverwaltung; in Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, 62. Jahrgang (1938) 2. H. S. 17 ff.
Laforet-v. Jan-Schattenfroh, Die Bayerische Gemeindeordnung Bd. II, S. 296 ff., München-Berlin-Leipzig 1931.
Maunz, Th., Verwaltung, Hamburg 1937.
Mayer, O., Deutsches Verwaltungsrecht Bd. I und II, 3. Aufl., München 1924.
Merkl, A., Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin 1927.
Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. II, 7. Aufl., München-Leipzig 1917.
Nadler-Wittland-Ruppert, Deutsches Beamtengesetz Bd. II, Teil 1 und 2, Berlin 1938.
Neuhäuser, R., Die Erschleichung rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakte durch Täuschung der Behörde, Hamburg 1921.
Nischk, Das Kommunalbeamtenrecht, 2. Aufl. 1929.
Potthoff, H., Grundfragen des künftigen Beamtenrechts, 1923.
Rehm, H., Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht; in Hirths Annalen des Deutschen Reichs, 1884, 1885.
Reindl, M., Kommentar zum Bayrischen Beamten-Gesetz vom 16. August 1908, München-Berlin-Leipzig 1914.
Rönne-v.Zorn, Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie Bd. I, Leipzig 1899.
Sacher, H., Staatslexikon.
Schack, F., Das Reichsgericht zur Frage der Willensmängel bei der Beamtenanstellung; in der Zeitschrift für Beamtenrecht 1931 S. 3 ff.
— Beamtenanstellung als zweiseitiger Verwaltungsakt; in der Zeitschrift für Beamtenrecht 1931 S. 250 ff.
Schattenfroh, M., Deutsche Gemeindeordnung, München-Berlin-Leipzig 1935.
Schneider, Das Gemeindebeamtenrecht in Thüringen 1927.
Seel, H., Das deutsche Beamtengesetz, Berlin 1937.
Seydel v.-Piloty, Bayrisches Staatsrecht Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 1913.
Sievers, R., Das Beamtenrecht der Reichsverfassung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Berlin 1932.

— Der Rechtsschutz im Beamtenrecht; in Fischers Zeitschrift Bd. 59/60 S. 241.
Surén-Loschelder, Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935, Berlin 1935.
Staenicke, E., Tarifordnung A für Gefolgschaftsmitglieder im öffentlichen Dienst, Berlin 1938.
— Tarifordnung B für Gefolgschaftsmitglieder im öffentlichen Dienst, Berlin 1938.
Tempel, K. F., Der Begriff des Berufsbeamtentums in der neueren Gesetzgebung und Rechtsprechung, insbesondere nach dem Reichsgesetz vom 30. Juni 1933, Diss., Erlangen 1934.
Triepel, H., Das preußische Gesetz über die Einführung einer Altersgrenze; im Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 40 S. 349 ff.
Wedelstädt, H. v., Deutsches Beamtengesetz vom 26. Januar 1937, Berlin 1937.
Wichert, E., Beamtenrecht nach dem Reichsgesetz vom 30. Juni 1933, Berlin 1934.
Wittland, H., Reichsdienststrafordnung, Berlin 1937.
Woerner, O., Kommentar zur Bayerischen Gemeindeordnung, München 1931.

II.

Archiv des öffentlichen Rechts = AdöR.
Beamten-Jahrbuch = BJB.
Deutsche Gemeindebeamtenzeitung = DGembZ.
Deutsche Justiz = DJust.
Deutsche Verwaltung = DtVerw.
Deutsche Verwaltungsblätter = DtVbl.
Die nationalsozialistische Gemeinde = DnatGem.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts = Gruchot.
Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht = JAkfDR.
Jahrbuch des Deutschen Rechts = JDR.
Juristische Wochenschrift = JW.
Nationalsozialistische Beamtenzeitung = NSBZ.
Recht des Reichsnährstandes = RdRN.
Reichsverwaltungsblatt (vormals Preußisches Verwaltungsblatt, dann Reichs- und Preußisches Verwaltungsblatt) = RVerwBl. (PrVBl., RuPrVBl.).
Reich und Länder = RuL.
Verwaltungsarchiv = VArch.
Zeitschrift „Das Recht" = Recht.
Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht = ZAkfDR.
Zeitschrift für Beamtenrecht = ZBR.
Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft = ZgesStw.

III.

Die Rechtsprechung des Reichsdisziplinarhofes, herausgegeben von Schulze und Simons, Berlin 1926 = Schulze-Simons.
— herausgegeben von Foerster und Simons, Berlin 1932 = Foerster-Simons.
Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs = BayVGH.
Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts = PrOVG.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen = RGSt.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen = RGZ.
Höchstrichterliche Rechtsprechung, Beilage zur Juristischen Rundschau, später Ergänzungsblätter zur Deutschen Justiz = HRR.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte = OLG.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549803_0050

Einleitung.

Der 26. Januar 1937 brachte im Deutschen Beamtengesetz[1])[2]), dem als Markstein in der Ausgestaltung und Festigung des deutschen Einheitsstaates die Bedeutung eines Staatsgrundgesetzes zukommt, die rechtliche Einheit des deutschen Beamtentums. Am Anfange des Weges von dieser rechtlichen Einheit des deutschen Beamtentums zur Schaffung einer auch innerlich geschlossenen und starken personellen Organisation der Staatsverwaltungsmacht mußte die gründliche Neuordnung des Beamtenverhältnisses selbst, wie auch seiner Begründung und Beendigung stehen. Das DBG. trug dieser Notwendigkeit in vollem Umfange Rechnung. Die durch das DBG. in der deutschen Rechtsgeschichte erstmalig umfassende reichsrechtliche Festlegung der Vorschriften, nach denen das Dienstverhältnis aller „deutschen Beamten" begründet wird und es sein Ende finden soll, gibt der vorliegenden Arbeit ihre besondere Rechtfertigung.

Die rechtliche Regelung der Begründung und Beendigung jedes öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses ist durch dieses selbst und die es beherrschenden großen Grundsätze bedingt. Vielleicht bringt dies kein Gebiet des öffentlichen Rechts deutlicher zum Bewußtsein, als gerade das Beamtenrecht und seine Geschichte. Nicht zufällig änderte sich deshalb mit dem tiefgreifenden Wandel, den das Rechtsverhältnis des Beamtenrechts, nämlich das Beamtenverhältnis, im nationalsozialistischen Umbruch erfuhr, in gleicher Weise grundlegend die rechtliche Ausgestaltung seiner Begründung und Beendigung[3]). Diese Tatsache der Wechselwirkung zwischen Staatsauffas-

---

1) RGBl. I S. 39, berichtigt RGBl. I S. 186. Die amtliche Abkürzung ist DBG.

2) Wohl die gleichen Gründe, die Laforet in Schmollers Jhrb. a. a. O. S. 19 zum Nachweis dafür heranzieht, daß sich die DGO. mit Recht „Deutsche Gemeindeordnung" nennt, rechtfertigen auch, das DBG. als „Deutsches Beamtengesetz" zu bezeichnen.

3) Der Weg führte im wesentlichen über das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7. 4. 1933 (RGBl. I S. 175) und das sogn. „Vorläufige Reichsbeamtengesetz" vom 30. 6. 1933 (RGBl. I S. 433) zum DBG.

sung und Beamtenverhältnis einerseits und der rechtlichen Regelung der Begründung und Beendigung des letzteren anderseits tritt uns immer wieder im Verlaufe der Geschichte des Beamtenrechts entgegen. Indessen können bei dem an sich schon weitgesteckten Rahmen unserer Aufgabe nur das geschichtlich gewordene Beamtenverhältnis, d. h. das Beamtenverhältnis im Sinne des DBG., und vor allem die Fragen, die im Zusammenhang mit seiner Begründung und Beendigung im geltenden Recht auftreten, Gegenstand der Arbeit sein.

Schließlich ergibt sich aus dem vorerwähnten Grundsatz insbesondere die Gliederung der Arbeit und zwar als ihr erster Teil: „Das Beamtenverhältnis im Sinne des DBG.". Es folgen als zweiter Teil: „Die Begründung des Beamtenverhältnisses im Sinne des DBG." und als dritter: „Die Beendigung des Beamtenverhältnisses im Sinne des DBG.". Für den zweiten und dritten Teil der Arbeit war endlich die Beschränkung auf das Berufsbeamtentum[4]) angebracht, und zwar, soweit dieses, wie der Gesetzgeber im Vorspruch zum DBG. sagt, den „Grundpfeiler des nationalsozialistischen Staates bildet", d. h. ausschließlich der Staatsverwaltungsmacht angehört und soweit auf es hauptsächlich die Vorschriften des DBG. Anwendung finden.

---

4) „Berufsbeamte sind solche Beamte, deren" — unmittelbares oder mittelbares — „Dienstverhältnis zum Staat so eng ist ‚daß es ihr Leben ausfüllt ...'"; RMin. Frick a. a. O.

Erster Teil.

Das Beamtenverhältnis im Sinne des DBG.

Die Kenntnis der tatsächlichen und rechtlichen Natur des Beamtenverhältnisses ist Voraussetzung für das richtige Verständnis der Vorschriften, die das Gesetz für dessen Begründung und Beendigung gibt. Im wesentlichen leiteten den Gesetzgeber bei der rechtlichen Regelung der Fragen, die mit der Begründung des Beamtenverhältnisses wie auch seiner Beendigung im engen Zusammenhang stehen, dieselben das Beamtenverhältnis beherrschenden Grundgedanken. Zahlreiche der die Gesetzesbestimmungen tragenden Gesichtspunkte können im einzelnen der Darstellung der Rechtsfragen der Begründung und Beendigung selbst vorbehalten bleiben. Geboten erscheint es jedoch jedenfalls, Ausführungen über das Beamtenverhältnis als Inbegriff besonderer Pflichten und Rechte und außerdem über seine Rechtsnatur zusammenfassend vorauszuschicken.

§ 1.

Das Beamtenverhältnis als Inbegriff besonderer Pflichten und Rechte.

Mit den Eidesworten „Ich werde dem Führer treu und gehorsam sein" bekräftigt der Beamte sein Treueverhältnis zu Führer und Reich (§ 4 DBG.)[1]), das die Grundlage des Beamtenverhältnisses bildet[2]). Die im Mittelpunkt des Beamtenverhältnisses stehende Treue findet ihren Ausdruck in besonderen Pflichten und Rechten[3]). Diese besonderen Pflichten und Rechte sind aber nicht einseitig solche des Beamten. Ihnen entsprechen vielmehr besondere Pflichten und Rechte auf Seiten des Führers, des Reiches und des sonst in Betracht kommenden Dienstherrn[4]).

---

1) Die Treue des Beamten geht über die allgemeine volksgenössische Treuepflicht des Einzelnen hinaus, die Laforet a. a. O., S. 42 mit den Worten kennzeichnet: „Die erste Pflicht des Volksgenossen ist die Treue gegen Reich und Volk".

2) Vgl. Seel a. a. O. S. 11.

3) „Die besonderen auf der Treue zum Führer beruhenden Pflichten, die der Beamtendienst fordert und die besondere Sicherung, die er gewährt, unterscheiden das Beamtenverhältnis wesentlich von anderen Dienst- und Arbeitsverhältnissen der Rechtsordnung"; Eckardt, „Neues Beamtenrecht", in Neugestaltung von Recht u. Wirtsch., Heft 14, 5, S. 5.

4) Freilich betrachtet das DBG. selbst seine verpflichtenden und berechtigenden Vorschriften (insbesondere in Abschnitt II, V, VIII usw.) in erster Linie

Die aus der Treue sich ergebenden zu den allgemeinen volksgenössischen Pflichten hinzutretenden Pflichten des Beamten[5]) sind in § 3 DBG. „allgemein" aufgeführt. Dennoch sind diese „allgemeinen Pflichten" das Entscheidende für die gesamte Tätigkeit des Beamten. Auf ihnen bauen sich die übrigen Einzelpflichten auf, die im Gesetz nur teilweise ihren ausdrücklichen Niederschlag gefunden haben[6]). Die besonderen Pflichten des Beamten bestehen gegenüber Volk, seinen politischen Lebensformen Partei und Staat und gegenüber dem Führer in seiner Eigenschaft als Führer von Volk und Partei und als Spitze des Staates. Auf Grund seines freiwilligen Entschlusses ist der Beamte durch das Vertrauen der Gemeinschaftsführung zum Diener der Gemeinschaft, zum „Diener des Volkes" und „Berater und Helfer" seiner Volksgenossen geworden[7]). Aus der in seinem Volke wurzelnden Stellung des Beamten[8]) folgt zwangsläufig sein Verhältnis zu Partei und Staat. Die Partei ist die Trägerin des politischen Willens der Volksgemeinschaft. Der Beamte, der Diener der Volksgemeinschaft ist, muß als solcher sein gesamtes Handeln stets im Einklang halten mit deren politischem Willen, welcher in der nationalsozialistischen Weltanschauung seine Verkörperung und in der Partei organisatorischen Ausdruck findet. Die Pflicht des Beamten der Partei gegenüber erschöpft sich dabei nicht darin, daß er zu der von ihr vertretenen Weltanschauung lediglich „positiv" eingestellt ist, vielmehr ist es seine Pflicht, sich dauernd von dem Gedanken leiten zu lassen, „daß sein Einsatz nach dem Plane des Führers zum Schutz und zur Förderung der Volksgemeinschaft zugleich auch ein Einsatz im Dienste der nationalsozialistischen Weltanschauung ist und den Zielen dient, für deren Ver-

---

unter dem Gesichtspunkt von Pflichten und Rechten des Beamten. In diese Richtung bewegen sich auch die meisten Darstellungen des Schrifttums über den Inhalt des Beamtenverhältnisses.

5) Vgl. Köttgen, Dtsch. Vwtg. a. a. O. S. 123 und Meyer-Anschütz a. a. O. S. 571.

6) „Der Pflichtenkreis des Beamten steht nicht — heute weniger als je — starr fest"; Maunz a. a. O. S. 283, so auch RG in JW 1934 S. 2398 — und es ist „schon der bisherigen Lehre nicht gelungen, den Inhalt des Beamtenverhältnisses durch eine Aufzählung festzulegen" (Maunz a. a. O. S. 270). Erkenntnisquellen für die Beamtenpflichten sind vor allem die Entscheidungen der höchsten Dienststrafgerichte.

7) Vgl. die Rede des Stellvertreters des Führers im VB., Berl. Ausgabe Nr. 157 vom 5. 6. 1936.

8) Siehe Vorspruch zum DBG.

wirklichung die Bewegung kämpft"[9]). Nur der Beamte, der sich seiner Pflichten gegenüber Volk und Partei voll bewußt ist, kann seinen Pflichtenkreis, den ihm der Staat auferlegt, richtig erfüllen. Das DBG. selbst bezeichnet den Beamten in § 1 Abs. 2 als den „Vollstrecker des Willens des von der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei getragenen Staates" und bringt damit am sinnfälligsten die hohen Pflichten des Beamten gegenüber dem Staat zum Ausdruck. Durch das enge Band der Treue, das das DBG. zwischen dem Führer als dem Repräsentanten von Volk, Partei und Staat und dem Beamten knüpft, werden die Pflichten des letzteren zu persönlichen Pflichten gegenüber dem Führer. Die Pflichten des Beamten, die Rechte von Führer, Reich und des sonstigen Dienstherrn sind, erfassen nicht nur die Person des Beamten inner- und außerdienstlich[10]), sondern machen ihn schlechthin auch für das Verhalten seiner Familie beamtenrechtlich verantwortlich.

Wenn das Beamtenverhältnis auch ein ausgeprägtes Pflichtenverhältnis ist, so berechtigt doch diese Tatsache nicht, nur von Pflichten des Beamten zu reden. Wohl kennt das DBG. keine „wohlerworbenen Beamtenrechte" im Sinne des Art. 129 der WV. mehr, dennoch bejaht der nationalsozialistische Staat mit dem Berufsbeamtentum verknüpfte besondere Beamtenrechte, „weil er in der Gewährung dieser Rechte eine Staatsnotwendigkeit erkannt hat, die um des Ganzen willen erfüllt werden muß"[11]). Zudem findet der Beamte dafür, daß er sich voll und ganz im Dienst für die Volksgemeinschaft verpflichtet, durch den Führer insofern vollste Anerkennung, als der Führer sich seinerseits gesetzlich verpflichtet, „ihm seinen besonderen Schutz" zu gewähren (§ 3 Abs. 1 DBG.). Im übrigen ist das Reich oder an dessen Stelle der sonstige unmittelbare Dienstherr des mittelbaren Beamten verpflichtet, die persönliche und materielle Stellung des Beamten dem Gesetz entsprechend zu sichern[12]).

---

9) Höhn a. a. O. S. 101.

10) „Der Beamte bewegt sich ständig innerhalb des Beamtenverhältnisses"; Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 170. Vgl. auch unten S. 83 Anm. 39.

11) Brombach, DnatGem. 1937 S. 96.

12) In Ansehung der heutigen wirtschaftlichen Lage der Beamten äußerte sich RMin. Frick in einer Rede, abgedruckt in der NSBZ. v. 10. 7. 1938 Nr. 14 S. 458 f.: „Ich hoffe, ... daß in Anbetracht der Beseitigung der Arbeitslosigkeit in Deutschland und des ungeheueren wirtschaftlichen Aufschwunges in Deutsch-

Nicht nur gegenüber den Arbeits- und Dienstverhältnissen des Arbeitsrechts außerhalb des öffentlichen Dienstes, sondern auch denen des öffentlichen Dienstes kann somit das Beamtenverhältnis als „Inbegriff besonderer Pflichten und Rechte" gekennzeichnet werden. Als solcher läßt es keinen Zweifel darüber, wie entscheidend die Vorschriften des DBG. sind, die die Fragen regeln, wer Beamter werden und wer als solcher nicht länger Träger der besonderen Pflichten und Rechte, die den Inhalt des Beamtenverhältnisses bilden, sein kann.

§ 2.

Die Rechtsnatur des Beamtenverhältnisses.

Was die Rechtsnatur des Beamtenverhältnisses betrifft, deren Veranschaulichung zum richtigen Verständnis der Lösung der Fragen, die mit der Begründung und Beendigung des Beamtenverhältnisses auftauchen, unerläßlich ist, so stellt das DBG. in § 1 selbst eine Begriffsbestimmung voraus: „Der deutsche Beamte steht zum Führer und zum Reich in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis". Das DBG. wollte damit aber keine erschöpfende gesetzliche Begriffsbestimmung geben[13]), diese bleibt nach wie vor der Wissenschaft vorbehalten.

Daß das Beamtenverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur ist, erscheint gerade heute überflüssig besonders erwähnt zu werden[14]). Noch kurz vor der nationalsozialistischen Beamtengesetzgebung gab es jedoch Bestrebungen, die den Beamten lediglich auf Grund eines

land ... auch dem deutschen Beamten in Bälde ein gerechter Ausgleich ermöglicht werden wird".

13) Vgl. Fischbach a. a. O. S. 48.

14) Noch im 18. Jahrhundert wurde das Beamtenverhältnis durchaus „privatrechtlich" aufgefaßt. Die Erkenntnis der öffentlich-rechtlichen Natur des Beamtenverhältnisses brach sich erst mit N. Th. Gönner („Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts der Nationalökonomie betrachtet", Landshut 1808 S. 143) auf der gesetzlichen Grundlage des ALR in der Wissenschaft allgemein Bahn. Öffentlich-rechtliche Gedankengänge finden sich allerdings, wenn auch nur sehr vereinzelt, schon vor Gönner bei Pufendorf, De iure naturae et gentium, 1672; Böhmer, Ius Ecclesiasticum Protestantium, 1716 und Neumann, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 1751. Das Reichsgericht nimmt erstmals in seiner Entscheidung in Bd. 18, 174 zugunsten der öffentlich-rechtlichen Natur des Beamtenverhältnisses ausdrücklich Stellung.

privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses tätig sein lassen wollten[15]). Das DBG. stellt indessen ausdrücklich klar, daß ein Dienst- und Treueverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur Grundlage des gesamten Wirkens des Beamten ist[16]). Die bedeutsamste Folgerung hieraus ist der Ausschluß jeder unmittelbaren Anwendung privatrechtlicher Vorschriften[17]). Nur soweit das Privatrecht „Rechtsgrundsätze des Rechts überhaupt" enthält, die eben lediglich hier im bürgerlichen Recht ihren gesetzgeberischen Niederschlag gefunden haben, kann auf es zurückgegriffen werden[18]).

Das Dienst- und das gegenseitig verpflichtende Treueverhältnis bestehen zwischen dem Beamten einerseits und Führer und Reich anderseits. Ohne Ausnahme befindet sich seit dem DBG. jeder deutsche Beamte sowohl zum Führer wie auch zum Reich unmittelbar in einem uneingeschränkten und bedingungslosen Treueverhältnis. Ein mittelbares Treueverhältnis ist schon begrifflich ausgeschlossen[19]). Auch das Dienstverhältnis des Beamten ist gegenüber dem Führer jedenfalls unmittelbar, gegenüber dem Reich allerdings kann es unmittelbar oder mittelbar sein[20]). Mittelbar ist es dann, wenn der Beamte einen anderen unmittelbaren Dienstherrn hat, als das Reich[21]). Im Falle des mittelbaren Dienstverhältnisses zum Reich, das allein mittelbarer Dienstherr sein kann, spricht das Gesetz vom mittelbaren Reichsbeamten. Die Mittelbarkeit des Dienstverhältnisses liegt darin begründet, daß abgesehen vom Führer jeder andere

---

15) Der von dem ehemaligen Allgemeinen Deutschen Beamtenbund ausgearbeitete Entwurf zu einem neuen Beamtengesetz sprach, beeinflußt von diesen Bestrebungen, von dem „Arbeitgeber" Staat und vom Beamten als „Arbeitnehmer"; Seidel-Völter-Richter, Entwurf eines Beamtengesetzes, 1926. Vgl. auch Lutz Richter in VArch. Bd. 32 S. 158 ff., Leonhard ebenda S. 208 und ferner Potthoff a. a. O. Siehe dagegen die Ausführungen von Laforet in „Arbeitsrecht oder Beamtenrecht?" a. a. O.

16) „Das Beamtenverhältnis ist frei von privatrechtlichen Bestandteilen". Amtl. Begründung zum DBG., Bes. Teil zu Abschnitt I.

17) Vgl. O. Mayer a. a. O. Bd. II S. 135 ff.; Brand, Beamtenrecht a. a. O. S. 13 ff.; Nipperdey in Staudinger Kom. z. BGB., Vorbem. IV, 2 vor § 611.

18) Vgl. Laforet a. a. O. S. 215 und die angeführten Entscheidungen des RGZ in Bd. 97, 44; 107, 189; 112, 290.

19) Bei mittelbaren Beamten ist die Treue zum unmittelbaren Dienstherrn Ausfluß des Treuverhältnisses zu Führer und Reich; so Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 123.

20) Vgl. Emig, DVbl. 1937 S. 370: „Nur hinsichtlich des Dienstverhältnisses zum Reich, nicht auch im Verhältnis zum Führer ist ein Unterschied zu machen".

21) Eine umfassende Zusammenstellung der unmittelbaren und mittelbaren Reichsbeamten gibt Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 127 bis 134.

Dienstherr als das Reich, also jede dienstherrnfähige juristische Person des öffentlichen Rechts dem Dienstherrn Reich untergeordnet ist[22]). Die Mittelbarkeit ist schließlich nicht bei allen mittelbaren Beamten von gleichem Rechtsinhalt, vielmehr ist dieser Rechtsinhalt bedingt durch Art und Umfang der Abhängigkeit des unmittelbaren Dienstherrn des mittelbaren Beamten vom Reich. Dadurch, daß jedes Beamtenverhältnis ein unmittelbares Dienst- und Treueverhältnis zum Führer in seiner Eigenschaft als Führer der deutschen Volksgemeinschaft und nicht als ein auf sich selbst gestelltes Einzelwesen ist, gibt das DBG. dem Beamtenverhältnis eine höchstpersönliche und damit deutschrechtliche Prägung, ohne in absolutistische Gedanken zurückzufallen[23]).

Obwohl der Beamte mindestens zwei Dienstherrn hat (Führer und Reich) und das Beamtenverhältnis in einem Dienst- und Treueverhältnis besteht, bildet dieses dennoch eine Wesenseinheit in einem einheitlichen Rechtsverhältnis[24]). Vor allem ginge es nicht an, das Dienst- und Treueverhältnis etwa in der Weise zu trennen, daß der Beamte in einem Treueverhältnis nur zum Führer und in einem Dienstverhältnis nur zum Reich stünde[25]). Wohl können Dienst- und Treueverhältnis zu Führer und Reich auseinanderfallen, niemals aber im Rahmen eines begründeten Beamtenverhältnisses[26]). Gerade in Ansehung des mittelbaren Reichsbeamten bedarf es endlich noch der besonderen Feststellung, daß dieser keinen Widerspruch zu dem Grundsatz von der rechtlichen Einheit des Dienst-

22) Vgl. Amtl. Begr. z. DBG, Bes. Teil zu Abschnitt I.
23) Vgl. Höhn a. a. O. S. 101.
24) Vgl. Krauthausen in RuL. 1937 S. 310.
25) Vgl. Seel. a. a. O. S. 40.
26) Nach § 2 RNotOrd. vom 13. 2. 1937 (RGBl. S. 191) stehen die Notare zu Führer und Reich in einem öffentlich-rechtlichen Treueverhältnis. Mangels eines entsprechenden zu einem Beamtenverhältnis führenden Dienstverhältnisses können sie jedoch keine Beamten sein (vgl. in diesem Zusammenhang auch § 37 Abs. 1 S. 1 des Wehrmachtsfürsorge- und -versorgungsgesetzes vom 26. 8. 1938 — RGBl. I S. 1077 — und die Ausführungen unten S. 18 Anm. 43 Abs. 1; ferner ist hier zu erwähnen § 35 des Reichsarbeitsdienstfürsorge- und -versorgungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. 9. 1938 — RGBl. I S. 1253 —), sondern befinden sich nur in einem Amtsverhältnis und unterliegen gemäß § 1 ausschließlich der RNotOrd. Den Notariatsassessor wiederum verbindet mit dem Führer und dem Reich allein ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis (§ 5), nicht aber auch ein zum Beamtenverhältnis weiterhin erforderliches entsprechendes Treuverhältnis. — Nur in einem Treueverhältnis steht allenfalls auch der ehemalige Beamte. Vgl. hierzu die Ausführungen unten S. 86.

und Treueverhältnisses bedeutet, da sich die Dienstpflichten auch des mittelbaren Beamten gegenüber seinem unmittelbaren Dienstherrn letztlich aus seinem stets unmittelbaren Treueverhältnis zu Führer und Reich ergeben und ungeteilt im Dienst unter dem unmittelbaren Dienstherrn Führer und Reich gegenüber zu erfüllen sind[27]). Der Grund, daß man überhaupt mittelbare Reichsbeamte unterscheidet, ist vielmehr, soweit es sich nicht um die Grundsätze der Selbstverwaltung handelt, in erster Linie auf dem für die Rechtsnatur des Beamtenverhältnisses untergeordneten finanziellen Gebiet (Besoldung, Versorgung, Amtshaftung usw.) zu suchen[28]), denn die materiellen Ansprüche des Beamten und die Ansprüche Dritter, die das Beamtenverhältnis zur Grundlage haben, können nur aus dem unmittelbaren Dienstverhältnis hergeleitet werden.

Zweiter Teil.

Die Begründung des Beamtenverhältnisses im Sinne des DBG.

§ 1

Die „Ernennung" als Begriffsbezeichnung für die Begründung des Beamtenverhältnisses.

Über die Darstellung des Begriffes des Beamtenverhältnisses hinaus brachte das DBG. die Lösung zahlreicher Streitfragen des Beamtenrechts. Dies gilt vornehmlich im Hinblick auf die Begründung des Beamtenverhältnisses. Trotzdem das DBG. jeden Zweifel über den Begriff der Begründung des Beamtenverhältnisses ausräumt, läßt es eine eindeutige Begriffsbestimmung dafür vermissen. Es überschreibt seinen Abschnitt IV zwar mit dem Ausdruck „Ernennung" und Seel[1]) ist auch der Ansicht, daß in diesem Zusammenhang nur die Begründung des Beamtenverhältnisses gemeint sein kann, indessen gehört zu den Ernennungen im Sinne der §§ 24, 31 und, wie

27) Auf diese Frage geht überhaupt nur Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 123 etwas näher ein.
28) Vgl. Laforet a. a. O. S. 108, 109 Anm. 1.
1) Seel a. a. O. S. 92.

Brand[2]) mit Recht hervorhebt, der §§ 32 ff. DBG. gerade „auch die Übertragung eines neuen Amtes während des Bestehens eines Beamtenverhältnisses". Es ist wohl Nadler-Wittland-Ruppert[3]) zu folgen, der feststellt, daß der Begriff der Ernennung im DBG.[4]) im doppelten Sinne verwendet wird: „Zunächst ist unter Ernennung die Begründung des Beamtenverhältnisses zu verstehen" und „in seiner zweiten Bedeutung ... die Übertragung eines Amtes"[5]). Lediglich der Begriff „Berufung" bringt innerhalb des DBG. eindeutig die Begründung des Beamtenverhältnisses zum Ausdruck[6]). Doch wollte der Gesetzgeber hier offensichtlich mit „Berufung" nicht allgemein, wie etwa im BRÄndGes. vom 30. 6. 1933, die Begründung des Beamtenverhältnisses bezeichnen. Überdies kommt auch diesem Begriff nicht nur eine einzige beamtenrechtliche Bedeutung zu, sondern stellt im besonderen in der DGO.[7]) die Auslese einer Person unter mehreren Bewerbern dar (vgl. Ziff. 2 der AusfAnw. zu § 41 DGO.), der erst die Begründung des Beamtenverhältnisses folgt[8]). Schließlich kann der Begriff der Begründung des Beamtenverhältnisses auch nicht gut mit „Einstellung" oder „Anstellung"[9]), die nur Ernennungsformen im Sinne der Reichsgrundsätze für Einstellung, Anstellung und Beförderung vom 14. Oktober 1936[10]) darstellen, umschrieben werden. Vor allem sind die „Einstellung", als Ernennung zum außerplanmäßigen Beamten[11]) und die „Anstellung", als Ernennung

2) Brand a. a. O. S. 318. Insoweit a. M. Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 518.

3) Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 518.

4) Auch außerhalb des DBG. ist der Begriff „Ernennung" anzutreffen, so z. B., wenn auch nicht im beamtenrechtlichen Sinne, in § 44 REG.

5) Siehe auch Wittland in JW. 1937 S. 352.

6) So spricht das DBG. in den §§ 3 und 27 von „Berufung" ausschließlich im Sinne der Begründung des Beamtenverhältnisses. Vgl. Laforet a. a. O. S. 110 Anm. 4.

7) §§ 33 Abs. 1, 41 Abs. 3 S. 1 und 51 DGO. Dagegen gebraucht auch die DGO. in den §§ 42 Abs. 2, 44, 45 und 52 die Bezeichnung „Berufung" im Sinne der Begründung des Beamtenverhältnisses.

8) In den §§ 20, 37 und 43 AGG., ferner in Art. 7, § 4 des Gesetzes über den Aufbau der Sozialversicherung vom 5. 7. 1934 kommt dem Ausdruck „Berufung" überhaupt keine beamtenrechtliche Bedeutung zu, da es sich in den bezeichneten Fällen lediglich um Träger eines öffentlichen Amtes aber nicht um Beamte handelt.

9) Vor dem DBG. wurde die Begründung des Beamtenverhältnisses von der Wissenschaft überwiegend mit „Anstellung" bezeichnet.

10) RGBl. I S. 893.

11) Durch seine Ernennung zum außerplanmäßigen Beamten tritt der Beamte nach Erlangung der Befähigung für ein bestimmtes Amt, ohne in eine Planstelle eingewiesen zu werden, zu der Verwaltung in ein festes Verhältnis.

unter erstmaliger Einweisung in eine Planstelle[12]), überhaupt davon unabhängig, ob bereits ein Beamtenverhältnis besteht oder nicht. Einstellung und Anstellung sind sowohl unter gleichzeitiger Begründung[13]), wie auch im Rahmen eines bereits begründeten Beamtenverhältnisses[14]) möglich.

Die aufgezeigten beamtenrechtlichen Begriffe berechtigen, in ihrem Verhältnis zur Begründung des Beamtenverhältnisses betrachtet, zur Folgerung, daß unter ihnen zwar keiner den Begriff der Begründung des Beamtenverhältnisses ausschließlich und allgemein bezeichnet, daß sich der Ausdruck „Ernennung" aber von allen am besten zu seiner Bezeichnung eignet. Die „Ernennung" als Begriffsbezeichnung für die Begründung des Beamtenverhältnisses kann deshalb ohne Bedenken der vorliegenden Arbeit zu Grunde gelegt werden.

§ 2

Die Träger des Beamtenverhältnisses.

Als grundsätzliche Frage ist ferner vorweg zu untersuchen, wer ernennen und wer ernannt werden kann, mit anderen Worten, wer die Fähigkeit hat, öffentlich-rechtlicher Dienstherr oder Beamter und damit Träger des Beamtenverhältnisses zu sein.

---

12) Wenn vereinzelt neuere Gesetze (z. B. § 37 DGO. und § 12 der 1. Durchführungsverordnung zum Gesetz über die Vereinheitlichung des Gesundheitswesens vom 6. Februar 1935) und selbst nach dem DBG. noch verschiedentlich Vertreter der Wissenschaft für die Begründung des Beamtenverhältnisses den Ausdruck „Anstellung" verwenden, so liegt dies offensichtlich nicht im Interesse begrifflicher Klarheit. Der Ausdruck „Anstellung" sollte allein in seiner in den Reichsgrundsätzen für Einstellung, Anstellung und Beförderung vom 14. 10. 1936 niedergelegten begrifflichen Bedeutung Anwendung finden.

13) Im allgemeinen ist mit der Einstellung die Begründung eines Beamtenverhältnisses verbunden (so Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 528). Ein Beispiel für die Anstellung bei gleichzeitiger Begründung des Beamtenverhältnisses ist die Ernennung eines Rechtsanwalts oder Notars zum Amtsgerichtsrat (vgl. Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 530).

14) Die nichtplanmäßig beamteten Regierungsreferendare werden auf Grund § 8 der VO. vom 29. 6. 1937 (RGBl. I S. 666) ohne Unterbrechung des Beamtenverhältnisses als außerplanmäßige Regierungsassessoren „eingestellt"; vgl. auch bezüglich der Forstassessoren § 4 der VO. vom 11. 10. 1937 (RGBl. I S. 1129). Ein Gerichtsassessor wird als Amtsgerichtsrat „angestellt".

1. Der Dienstherr[15]).

Dienstherrnfähigkeit und Beamtenernennungshoheitsrecht sind eng miteinander verbunden. Sie bedingen sich in der Regel gegenseitig. Von Dienstherrnfähigkeit kann daher nicht gesprochen werden, ohne gleichzeitig das Hoheitsrecht der Beamtenernennung zu erörtern.

Das Recht der Beamtenernennung geht auf die Beamtenernennungshoheit, den wichtigsten Bestandteil der Ämterhoheit des Reiches[16]) zurück und wird grundsätzlich vom Führer verwirklicht, in dessen Hand die ursprüngliche Ausübung der gesamten als Einheit aufzufassenden Staatsgewalt ruht[17]). Die Vergangenheit versuchte vielfach die Staatsgewalt in einzelne Hoheitsrechte aufzuteilen und diese voneinander getrennt zu behandeln. Die heutige Verfassungsrechtswissenschaft befreite sich hingegen von dieser veralteten Vorstellung und setzte an deren Stelle Rechtsgedanken, die in den Begriffen der Volksgemeinschaft und des Führertums gründen[18]). Im deutschen Führerstaat kann es nur eine ungeteilte Hoheitsgewalt geben. Diese geht vom Volk aus und findet ihre Verwirklichung durch seinen Führer. Daß die aus der einheitlichen Staatsgewalt erfließende Beamtenernennungshoheit grundsätzlich nur durch den Führer ihre Verwirklichung finden kann, bringt § 24 DBG. zum Ausdruck. Von diesem Grundsatz bestehen lediglich insoweit Ausnahmen, als diese auf dem in Gesetzesform gekleideten Willen des Führers beruhen. Auch wenn sich der Führer in seinem grundsätz-

15) Die Bezeichnung „Dienstherr" für die den Beamten gegenüberstehenden Träger des Beamtenverhältnisses blieb nicht unangefochten. So wendet sich Gerber im AdöR. a. a. O. S. 61 ff. nachdrücklich gegen ihn. Auch Emig im RdRN. a. a. O. S. 341 Anm. 1 hält den Ausdruck „Dienstherr" für ungeeignet, weil dieser nicht erkennen lasse, „daß es sich" bei dem Beamtenverhältnis „um ein Dienstverhältnis handelt, das mit dem privaten Arbeitsverhältnis nicht auf gleiche Stufe gestellt werden kann". Emig vermied ihn und gebraucht demzufolge für „Dienstherrnfähigkeit" durchwegs die Bezeichnung „Beamtenanstellungsfähigkeit" (a. a. O. und auch in DtVBl. 1937 S. 371). Es ist indessen kein Bedürfnis ersichtlich, den im Schrifttum und in der Rechtsprechung allgemein üblichen und vom DGB. (§§ 2, 142, 151, 161 usw.) selbst gebrauchten Ausdruck „Dienstherr" zu umgehen und durch einen anderen zu ersetzen.

Offensichtliche Bedenken bestehen aber dagegen, die Dienstherrnfähigkeit mit Beamtenfähigkeit zu bezeichnen (so Fischbach in BJB. 1936 S. 417 ff. und Nadler-Wittland-Rupert a. a. O. S. 83), denn, wie Emig in RdRN. a. a. O. treffend ausführt, versteht man unter Beamtenfähigkeit nach dem Sprachgebrauch nicht die Fähigkeit, Beamte zu haben, sondern Beamter zu werden".

16) Vgl. Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 547.

17) Gesetzliche Grundlage dafür sind das Neuaufbaugesetz v. 30. 1. 1934 (RGBl. I S. 75) und das Staatsoberhauptgesetz v. 1. 8. 1934 (RGBl. I S. 747).

18) Vgl. Fischbach ZAkfDR. a. a. O S. 741.

lich ihm allein zustehenden Ernennungsrecht beschränkt hat, wie z. B. im Hauptfall durch die DGO.[19]), so ist dennoch sein Wille immer oberste Richtschnur. Inwieweit der Führer sein Beamtenernennungsrecht durch Gesetz beschränken oder bestehende Beschränkungen wieder rückgängig machen will, liegt in seinem gesetzgeberischen Ermessen. Von der Beschränkung des Ernennungsrechts des Führers kraft seines zum Gesetz erhobenen Willens ist die Übertragung lediglich der „Ausübung" seines Ernennungsrechts auf andere Stellen zu unterscheiden. Die Übertragung der Ausübung seines Ernennungsrechts, die im Ernennungserlaß des Führers vom 10. Juli 1937[20]) erfolgte, stellt keine Beschränkung des Rechts des Führers zur Ernennung dar.

Was nun die Dienstherrnfähigkeit[21]) anlangt, so unterliegt es keinem Zweifel, daß zunächst jedenfalls Reich und Führer, als Träger der Ämter- und somit der Beamtenernennungshoheit und seiner ursprünglichen Verwirklichung, unbeschränkt dienstherrnfähig sind. Diese an sich schon verfassungsrechtlich gegebene Dienstherrnfähigkeit von Reich und Führer hebt das Gesetz außerdem noch eigens hervor, wenn es zum Ausdruck bringt, daß das Dienst- und Treueverhältnis des Beamten zu Führer und Reich besteht.

Daß über Führer und Reich hinaus noch andere Erscheinungen des Rechtslebens zur Ausübung des Ernennungshoheitsrechtes berufen sind, d. h. öffentlich-rechtliche Dienstherrnfähigkeit haben, ist teils auf Staatsnotwendigkeiten und den verfassungsrechtlichen Aufbau, teils auf Herkommen zurückzuführen. Von jeher erschien der Rechtslehre die Dienstherrnfähigkeit der Gebietskörperschaften (Gemeinden, Gemeindeverbänden) als selbstverständlich[22]). Sie liegt schon in deren Eigenschaft als Rechtspersönlichkeiten des öffentlichen Rechts, „die alle natürlichen und juristischen Personen eines Gebietes in ihrer Gesamtheit und in allen ihren Lebensbezie-

19) Das der Gemeinde kraft Gesetzes gewährte Beamtenernennungsrecht ist ein Selbstverwaltungsrecht, ihre Ausübung eine Aufgabe des eigenen und nicht des übertragenen Wirkungskreises. Nicht ist es aber ein ursprüngliches (autonomes) Recht. Vgl. Laforet a. a. O. S. 53 Anm. 1.

20) RGBl. I S. 769.

21) Das Gesetz selbst kennt keine Begriffsbestimmung des öffentlich-rechtlichen Dienstherrn.

22) Vgl. Emig in RdRN. a. a. O. S. 342.

hungen erfassen"[23]) und den darin enthaltenen besonderen Aufgaben begründet. Ihre, wie O. Mayer[24]) sagt, „besondere Verwandtschaft mit dem Staat", gibt ihnen die Fähigkeit Beamte zu ernennen. Überdies ließ der Gesetzgeber selbst schon vor dem DBG. niemals einen Zweifel über die Dienstherrnfähigkeit der Gebietskörperschaften. Nachdem trotz Übergangs sämtlicher Hoheitsrechte auf das Reich die Länder Gebietskörperschaften, wenn auch ohne Hoheitsmacht, sind[25]), muß auch ihre Dienstherrnfähigkeit bejaht werden. In § 166 geht das DBG. selbst von der Dienstherrnfähigkeit der Länder aus. Seine ausdrückliche Bestätigung findet der Satz von der Dienstherrnfähigkeit aller Gebietskörperschaften schließlich in § 148 Abs. 2 DBG.

Wem neben den genannten Dienstherrn die Fähigkeit zukommt, Beamte zu ernennen, war gerade vor dem DBG. viel umstritten. Helfritz[26]) und besonders auch Woerner[27]), um nur einige Beispiele aus der Fülle der verschiedensten Ansichten herauszugreifen, kommen zu dem sicherlich zu weiten Schluß, daß Körperschaften des öffentlichen Rechts allgemein in der Lage seien, Beamtenverhältnisse zu begründen. Demgegenüber stellt O. Mayer[28]) den offenbar wieder zu engen Grundsatz auf, daß neben den öffentlichen Religionsgemeinschaften von den öffentlich-rechtlichen Körperschaften nur die Gebietskörperschaften dienstherrnfähig seien. Wie die Meinungen über die Dienstherrnfähigkeit der Körperschaften des öffentlichen Rechts auseinandergingen, so war erst recht die Lehre im Hinblick auf die öffentlich-rechtlichen Anstalten und Stiftungen nicht einhellig.

Das DBG. trägt wesentlich zur Klärung der zahlreichen Streitfragen über die Dienstherrnfähigkeit der Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts bei. Mit Nadler-Wittland-Ruppert[29]) ist sei dem DBG. für die Beurteilung der Rechtslage von der Unterscheidung zwischen der Zeit vor dem Inkrafttreten

23) Laforet a. a. O. S. 193.
24) Mayer a. a. O. Bd. II S. 35.
25) Vgl. Laforet a. a. O. S. 111 Anm. 1.
26) Helfritz a. a. O. S. 37.
27) O. Woerner, Bay. Bauernkammergesetz 1925, S. 1.
28) O. Mayer a. a. O. Bd. II S. 138; vgl. auch Anschütz-Thoma a. a. O. S. 22.
29) Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 1553.

dieses Gesetzes und der Zeit nachher auszugehen. Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen, die vor dem 1. Juli 1937 Amtsstellen einrichten konnten und durften und damit bisher Dienstherrn waren, behalten, gleichgültig ob die Dienstherrnbefugnisse auf ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage oder aber auf Herkommen beruhen, diese Eigenschaft. Hingegen können neue Dienstherrn von genanntem Zeitpunkt ab nur mehr durch gesetzliche Verleihung der Dienstherrneigenschaft[30]) entstehen. Nur diese Lösung wird § 24 DBG. gerecht. Auf einem anderen Wege, vor allem gewohnheitsrechtlich[31]), kann somit seit dem DBG. eine Rechtspersönlichkeit des öffentlichen Rechts selbst dann, wenn sie an sich sämtliche Voraussetzungen eines Dienstherrn erfüllt, nicht mehr öffentlich-rechtlicher Dienstherr werden. Aus der Regelung des DBG. ergibt sich ferner, daß Streit nur mehr in Ansehung von Rechtspersönlichkeiten des öffentlichen Rechts, die bereits für die Zeit vor Inkrafttreten des Gesetzes Dienstherrnfähigkeit in Anspruch nehmen[32]), herrschen kann.

Welche Voraussetzungen eine öffentlich-rechtliche Rechtspersönlichkeit erfüllen muß, um den Gesetzgeber zu veranlassen, ihr Dienstherrnfähigkeit zu verleihen, läßt sich, von gewissen Grundsätzen abgesehen, nicht allgemein bestimmen. Die Verleihung der Dienstherrnfähigkeit liegt vielmehr für jeden Einzelfall im gesetzgeberischen Ermessen. Als Dienstherrn werden freilich immer nur Rechtspersönlichkeiten des öffentlichen Rechts in Frage kommen können, wobei es aber gleichgültig ist, wie sich gegen O. Mayer

30) Vgl. deshalb § 110 der 1. VO. über Wasser- und Bodenverbände vom 9. September 1937 (RGBl. I S. 933 ff.).

31) H. Gesler spricht in RdRN. 1938 S. 405 von der in der Vergangenheit anerkannten Möglichkeit des Erwerbs der Dienstherrnfähigkeit durch Innehabung hoheitlicher Gewalt, zu der hinzutreten mußte, daß sich „unter Billigung der staatlichen Aufsichtsorgane nachweislich die Übung herausgebildet hatte", Beamte zu ernennen.

32) Vgl. die Meinungsverschiedenheit über die Dienstherrnfähigkeit des Reichsnährstandes im besonderen zwischen Fischbach und Emig (RdRN a. a. O.). Die Dienstherrnfähigkeit des Reichsnährstandes muß indessen mit Emig und überhaupt der herrschenden Lehre innerhalb der gesetzlichen Grenzen uneingeschränkt bejaht werden. Sie ergibt sich nicht zuletzt aus den Reichsnährstandgesetzen, insbesondere der VO. über das Dienststrafrecht für die Beamten des Reichsnährstandes v. 8. 6. 35 (RGBl. I S. 747), ferner aus der Besoldungsordnung für den Reichsnährstand v. 14. 9. 36 (Deutscher Reichsanzeiger und Preußischen Staatsanzeiger Nr. 265).

(a. a. O.) aus § 148 Abs. 2 DBG. ergibt, ob diese die Rechtsform einer Körperschaft, Anstalt oder Stiftung hat. Bei Körperschaften besonderer Artung, etwa den Gebietskörperschaften oder Körperschaften der berufsständischen und wirtschaftlichen Selbstverwaltung, ist die Anerkennung der Dienstherrnfähigkeit offensichtlich ein vordringliches Bedürfnis. Diese Körperschaften zeichnet ihre, wenn auch nur beschränkte, Hoheitsgewalt kraft gesetzlicher Übertragung, die im Hinblick auf ihre besonderen Aufgaben erfolgte, aus. „Unmittelbarer Dienstherr können aber auch Rechtspersönlichkeiten sein, die keine Hoheitsgewalt haben, wie die Länder, die Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts"[33]). In der Regel wird sich der Gesetzgeber bei der Verleihung der Dienstherrnfähigkeit an letztgenannte Rechtspersönlichkeiten von den in § 148 DBG. enthaltenen Grundgedanken leiten lassen.

2. Der Beamte.

Gemeinsam mit den Dienstherrn Führer, Reich und möglicherweise einer Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts ist der Beamte Träger des Beamtenverhältnisses. Während heute noch, wie das Beispiel des Reichsnährstandes zeigt, im einzelnen Streit über die Dienstherrnfähigkeit nicht ausgeschlossen ist, kann der Sachverhalt der Beamtenfähigkeit, jedenfalls seit dem DBG., keinen Zweifeln mehr unterliegen. Nicht jeder „Beamte" des rechtlichen Sprachgebrauchs schlechthin braucht die hohen Anforderungen der Beamtenfähigkeit zu erfüllen, die das DBG. stellt, sondern nur der, auf den das DBG. Anwendung findet. Damit taucht die Frage der verschiedenen Beamtenbegriffe des geltenden Rechts auf. Es erscheint geboten, sie vor Darstellung der Beamtenfähigkeit in Kürze aufzuzeigen.

a) Die Beamtenbegriffe.

Wenn auch Anschütz-Thoma[34]) feststellt, daß wirklich sinnvoll nur ein einheitlicher Beamtenbegriff sei, so erfordert das Rechtsleben doch die Unterscheidung mehrerer Beamtenbegriffe und ihre Abgrenzung voneinander. Dabei kann wohl jede Zusammenstellung

33) Laforet a. a. O. S. 111 Anm. 1.
34) Anschütz-Thoma a. a. O. S. 30.

der Beamtenschaft des geltenden Rechts die sog. „Privatbeamten"[35]), die als Begriff ausschließlich im Sprachgebrauch eine gewisse Rolle spielen, ferner die Personen, denen das Gesetz nur den Namen „Beamte" gibt, ohne sie zu Beamten machen zu wollen[36]), unberücksichtigt lassen. Von diesen „Beamten" abgesehen, muß unterschieden werden zwischen den „öffentlichen Beamten", den „Beamten im Sinne des Strafrechts" und schließlich den „Beamten im Sinne der Amtshaftung". Als öffentliche Beamte sind endlich alle jene Personen zu bezeichnen, die unter den Begriff Beamte im Sinne des DBG., der Wehrmacht und der Kirchen fallen. Von den öffentlichen Beamten kann indessen nicht gesprochen werden, ohne auf die Amtsträger der Partei einzugehen.

Das DBG. setzte an die Stelle einer durch die Zersplitterung in der Beamtengesetzgebung der Vergangenheit naturgemäß bedingten Vielzahl von Begriffsbestimmungen des „Beamten im staatsrechtlichen Sinne"[37]) den klaren Begriff des „Beamten im Sinne des DBG."[38]). Beamter im Sinne des DBG.[39]) ist nur der, dessen Beamtenverhältnis im Rahmen der Staatsverwaltungsmacht nach den für die Zukunft jeden Zweifel über die Beamteneigenschaft im Sinne dieses Gesetzes ausräumenden Vorschriften des DBG. rechtswirksam begründet wird oder wurde[40])[41]). Während sich die Beamten im Sinne des DBG. ausschließlich auf die Staatsverwaltungsmacht beschränken, gehören die Wehrmachtsbeamten gemäß § 21 Wehrg.[42]) der Wehrmacht an und unterscheiden sich somit als Angehörige der Säule des Reiches „Wehrmacht" und Träger der

35) Bank-, Guts-, Versicherungsbeamte, Registraturbeamte eines Industrieunternehmens usw. Der Gesetzgeber spricht in § 622 BGB selbst von „Privatbeamten".

36) Z. B. §§ 875 f. RVO.

37) Eine gesetzliche Bestimmung des Beamtenbegriffes fehlte. Selbst das RBG. v. 28. 3. 1873 brachte nur eine Abgrenzung des Begriffes des Reichsbeamten von dem Landesbeamten, nicht aber dem des Nicht-Beamten.

38) Ausschließlich diesem will vielfach die Begriffsbezeichnung „Beamter" vorbehalten werden. Alle übrigen Amtsträger sollen auch nur „Amtsträger" heißen. Vgl. u. a. Daniels a. a. O. S. 2; Brand a. a. O. S. 60.

39) Wozu auch die Ehrenbeamten im Sinne des DBG. gehören, von deren Berücksichtigung, wie einleitend erwähnt, die Arbeit absehen muß.

40) Siehe aber die Übergangsvorschrift § 178 DBG.

41) Vom Gesichtspunkt des § 27 DBG. aus spricht Höhn a. a. O. S. 102 treffend vom „formellen Beamtenbegriff", während Fischbach in ZAkfDR. a. a. O. S. 740 in § 148 DBG. mit Recht den „materiellen Beamtenbegriff" verankert sieht.

42) Vom 21. 5. 1935 (RGBl. I S. 609), abgeändert durch Ges. vom 26. 6. 1936 (RGBl. I S. 518).

Hoheitsgewalt des politischen Gemeinwesens in derem Bereich, obwohl auf sie nach § 171 Abs. 1 DBG. mit wenigen Ausnahmen neben den Vorschriften der Wehrgesetze das DBG. gilt, nicht unwesentlich von den ersteren, den Beamten der Säule des Reiches „Staatsverwaltungsmacht". Dieser notwendig begriffsbildende Unterschied liegt in der Wesens- und Aufgabenverschiedenheit der beiden genannten Säulen des Reiches begründet[43]). Schließlich fallen unter

43) Die bedeutungsvolle Neuregelung der Rechtsverhältnisse der aus dem Waffendienst des Reiches ausscheidenden Berufssoldaten durch das Fürsorge- und Versorgungsgesetz für die ehemaligen Angehörigen der Wehrmacht und ihre Hinterbliebenen vom 26. 8. 1938 — RGBl. I S. 1077 — (WFVG.) veranlaßt zu einer im Rahmen der gegenwärtigen Frage gelegenen Untersuchung der Rechtseinrichtung des Militäranwärters. Nach der gesetzlichen Begriffsbestimmung des § 37 steht der Militäranwärter „zum Führer und zum Reich in einem öffentlich-rechtlichen Treueverhältnis", nicht dagegen in einem dem Treueverhältnis entsprechenden Dienstverhältnis. Die durch den Truppenteil bei der Entlassung aus dem aktiven Wehrdienst auszufertigende und auszuhändigende Urkunde (§ 37 Abs. 2) begründet somit allein ein Treueverhältnis, nicht aber gleichzeitig ein zu einem Beamtenverhältnis notwendiges und dem öffentlich-rechtlichen Treueverhältnis entsprechendes Dienstverhältnis. Schon aus dieser Erwägung heraus kann der Militäranwärter als solcher weder Beamter der Staatsverwaltungsmacht noch der Wehrmacht sein, obwohl ihm die Pflichten eines Beamten schlechthin obliegen (§ 37 Abs. 3) und er wegen ihrer Verletzung nach den für Dienstvergehen von Beamten geltenden Vorschriften zur Verantwortung gezogen werden kann (§ 41 Abs. 1). Er fällt überhaupt nicht unter den Begriff des „öffentlichen Beamten".

Nach Maßgabe einer noch zu erlassenden besonderen Verordnung der Reichsregierung ist der Militäranwärter jedoch in ein Beamtenverhältnis überzuführen und bei einer der in § 40 Abs. 1 genannten Stelle als Beamter auf Widerruf zu beschäftigen (§§ 37 Abs. 3, 39 Abs. 1 und 2). „Die als Beamte auf Widerruf beschäftigten Militäranwärter unterliegen den für Beamte auf Widerruf geltenden Vorschriften des allgemeinen Beamtenrechts und des Dienststrafrechts" (§ 31 Abs. 2), d. h. sie befinden sich nunmehr in einem Beamtenverhältnis des DBG. Freilich gelten für dieses Beamtenverhältnis die Vorschriften des DBG. nur soweit dies das WFG. bestimmt. In seiner Eigenschaft als Beamter auf Widerruf ist der Militäranwärter Beamter der Staatsverwaltungsmacht. Die Tatsache, daß er bis zur Beendigung des Militäranwärterverhältnisses aus einem in § 42 aufgeführten Grunde mit der Säule des Reiches „Wehrmacht" in engen Beziehungen steht, macht ihn nicht schon zum Beamten der Wehrmacht. Das Entscheidende für seine Eigenschaft als Beamter der Staatsverwaltungsmacht ist vielmehr darin zu erblicken, daß sich seine gesamte beamtenrechtliche Tätigkeit innerhalb der Staatsverwaltungsmacht vollzieht. In Anbetracht der gesetzlichen Regelung des WFVG. ist der Militäranwärter in seiner Eigenschaft als Beamter auf Widerruf als Beamter der Staatsverwaltungsmacht besonderer Art zu bezeichnen. Vor allem unterliegt er gleichzitig der Befehls- und Dienststrafgewalt der Wehrbehörde und der Dienststrafgewalt der Beschäftigungsbehörde (§ 41). Die Schwierigkeiten, die hieraus entstehen können, sucht § 41 Abs. 2 zu beheben. Erst durch die Einweisung in eine Planstelle, d. h. mit der Beendigung seines Militäranwärterverhältnisses, wird der als Widerrufsbeamter beschäftigte Militäranwärter vom Beamten der Staatsverwaltungsmacht besonderer zum Beamten der Staatsverwaltungsmacht allgemeiner Art (§ 42 Abs. 1).

den Oberbegriff der öffentlichen Beamten die Kirchenbeamten[44]), unter welchen man die Amtsträger der Kirchen, die Träger der kirchlichen Hoheitsgewalt, versteht. Mit Ausnahme des Abschnittes IX gilt für sie das DBG. nicht, § 174 DBG. ermächtigt vielmehr die öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften und deren Verbände ausdrücklich, „zur Regelung des Rechts ihrer Beamten" dem DBG. entsprechende Vorschriften zu erlassen. Die Wesensverschiedenheiten der beiden, wie Koellreutter[45]) sagt, „geschichtlichen Lebensmächte im deutschen Volke", Staat und Kirche, die in der dem Staat obliegenden Aufgabe der „Gestaltung des Volkstums" und der davon verschiedenen eigentlichen Aufgabe der Kirche, für die „Wahrung des Glaubenselementes"[46]) zu sorgen, zum Ausdruck kommt, bedingt es, daß die Kirchenbeamten nicht Träger öffentlichen Dienstes des Staates[47]) und damit auch nicht Beamte im Sinne des DBG., sondern Beamte eigener Art[48]) sind. Mit dem Eintritt der Partei in das deutsche Verfassungsleben entstand gleichzeitig ein neuer Bereich öffentlichen Dienstes. Durch ihn findet die von der Staatsgewalt unabhängige Hoheitsgewalt der Partei, insbesondere deren Verwaltung, ihre Verwirklichung[49]). Gerade weil die Parteigewalt nicht unter, sondern neben der Staatsgewalt steht und „nicht weniger öffentlicher Natur als die Tätigkeit der staatlichen Behörden" ist[50]), ergibt sich, daß die Amtsträger der nationalsozialistischen Bewegung ebenso wie die Amtsträger des Staates echte öffentliche Amtsträger sind[51]). Will man nun mit dem Ausdruck „öffentliche Beamte" die öffentlichen Amtsträger schlechthin bezeichnen, was gerade wegen der Schaffung eines klaren und eindeutigen Beamtenbegriffes im Sinne des DBG. durch das Gesetz als möglich er-

44) Vgl. Emig in DVbl. 1937 S. 370 Anm. 48.

45) Koellreutter, Deutsches Verfassungsrecht S. 200.

46) Koellreutter, Allgemeine Staatslehre S. 202.

47) Der öffentliche Dienst „ist die ‚Beschäftigung' im Dienste des Staates oder der Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts"; Laforet a. a. O. S. 99. Vgl. auch Anschütz-Thoma a. a. O. S. 20.

48) Eichmann a. a. O. I S. 133, RGZ 128 Anh. S. 16 ff. Vgl. auch Holstein in AdöR. n. F. 13, 154 ff. und Köttgen in Anschütz-Thoma a. a. O. II S. 97. — Nach § 96, II, 11 des ALR. waren die Kirchenbeamten preußische mittelbare Staatsbeamte. Erst seit der preußischen Verfassungsurkunde vom 31. 1. 1850 sind die Kirchenbeamten auch in Preußen keine Staatsbeamten mehr.

49) Vgl. Sommer, „Partei und Staat" in DJZ. 1936 Sp. 593.

50) E. R. Huber a. a. O. S. 172.

51) Über die Wesensverschiedenheit zwischen Hoheitsträger der Partei und Beamten siehe besonders Köttgen in RuL. 1936 S. 159.

scheint, so fallen, wie Maunz[52]) feststellt, unter ihn auch „die Amtswalter der nationalsozialistischen Bewegung, mögen sie nun als Hoheitsträger (Politische Leiter) an der politischen Führung oder als Kassenwalter an der Verwaltung der Partei teilnehmen". Aber auch nur unter dieser Voraussetzung ist es gerechtfertigt, von Beamten der Partei[53]) zu sprechen und diese dem Begriff „öffentliche Beamte" einzuordnen.

Von ganz anderen Gesichtspunkten als der Begriff des öffentlichen Beamten ist der von Rechtslehre und Rechtsprechung entwickelte Begriff des Beamten im strafrechtlichen Sinne bestimmt. Dieser kann nur dann richtig gewonnen werden, wenn man von dem inneren Grund[54]) ausgeht, der die besonderen Bestimmungen des StGB. für Beamte bedingt. Wer öffentliche Verantwortung in Form hoheitlichen Handelns übernommen hat, muß dafür in erhöhtem Maße strafrechtlich einstehen, genießt aber umgekehrt auch dieser Verantwortung entsprechend erhöhten Rechtsschutz[55]). Der von der Strafrechtswissenschaft und Rechtsprechung[56]), ausgehend von § 359 StGB., herausgebildete strafrechtliche Beamtenbegriff erfuhr somit vor allem durch den Einbau der Bewegung in das deutsche Verfassungsgefüge eine Ausdehnung auf die Amtsträger derselben[57]).

An die aufgeführten Beamtenbegriffe des geltenden Rechts schließt sich endlich noch der Begriff des Beamten im Sinne der Amtshaftung an. Beamter im Sinne der Amtshaftung ist, wer im Rahmen der völkischen Ordnung berechtigterweise, gleichgültig auf Grund welchen Rechtsverhältnisses, öffentliche Gewalt ausübt und dabei die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Rechtspflicht, soweit diese der regelmäßigen Tätigkeit eines Trägers obrigkeit-

---

52) Maunz a. a. O. S. 125.
53) Wie Laforet a. a. O. S. 164, 5 Anm. 4.
54) Vgl. E. R. Huber in DJZ. 1935 Sp. 1022.
55) Vgl. Laforet a. a. O. S. 102.
56) RGSt 56, 366,7 60, 140, 1; 62, 24; 62, 188, 337; ferner RGSt in RVBl. 57, 616 f.
57) Dieser Tatsache trug das RG wenigstens im Ergebnis seiner Entscheidungen vom 18. 1. 1934 (RGSt 68, 20) und vom 25. 1. 1935 (JW. 1935 S. 2206) Rechnung. Gerade aus seinem Urteil vom 17. 6. 1935 (DJZ. 1935 Sp. 977 ff.) erwächst dem RG jedoch der Vorwurf die von E. R. Huber in DJZ. 1935 Sp. 1022 ff. klar entwickelten Gründe für die Ausdehnung des überkommenen strafrechtlichen Beamtenbegriffes auf die Amtsträger der Bewegung zu verkennen. Vgl. insbesondere Haidn-Fischer, „Das Recht der NSDAP." S. 62 ff. und Brand a. a. O. S. 68. A.M. als das Reichsgericht in DJZ. 1936 Sp. 7621 ff.

licher Gewalt eigentümlich ist, verletzt. Auch diese Begriffsbestimmung erstreckt sich auf die Bewegung[58]), jedoch ausschließlich des Bereiches der eigentlichen politischen Führung in derselben, denn es ist keine gerichtliche Überprüfung der politischen Maßnahmen der Partei möglich[59]).

Die Darstellung der verschiedenen Beamtenbegriffe des geltenden Rechts hebt den Begriff des Beamten im Sinne des DBG. deutlich ab, für den, abgesehen von den Wehrmachtsbeamten[60]), allein die Voraussetzungen gelten, die das DBG. aufstellt und die in ihrer Gesamtheit am besten der Ausdruck „Beamtenfähigkeit" kennzeichnet.

b) Die Beamtenfähigkeit.

Die grundsätzlichen Voraussetzungen, die jeder Beamtenbewerber, um beamtenfähig zu sein, bei Begründung des Beamtenverhältnisses erfüllen muß und die sich im vollen Umfang aus der Natur des Beamtenverhältnisses ergeben, spricht das DBG. in den §§ 25 und 26 unmittelbar aus. Dabei bedurfte es keiner besonderen Hervorhebung durch das Gesetz, daß nur eine natürliche Person Beamteneigenschaft erlangen kann. Die Verleihung der Beamteneigenschaft an eine juristische Person ist schon begrifflich ausgeschlossen.

Nach § 25 DBG. kann Träger des Beamtenverhältnisses lediglich der deutschblütige Mensch sein[61]). Das rassische Erfordernis des Gesetzes, in dem die Art. 4 und 6 des Parteiprogramms zum Ausdruck kommen, ist nicht allein auf die eigene Person des Beamten beschränkt, sondern erstreckt sich, dem Charakter des Beamtenverhältnisses entsprechend, beim verheirateten Beamten auf dessen Ehefrau. Nur der Volksgenosse kann Beamter werden, der sich dem rassischen Bestand der deutschen Volksgemeinschaft uneingeschränkt verantwortlich fühlt. Ausnahmen von dem rassischen Grundsatz können sowohl für den Beamten, wie auch für seinen

58) Vgl. Laforet a. a. O. S. 163, 164 Anm. 1 und, hier angeführt, Höhndorf in ZgesStw. Bd. 97 (1936) S. 180.

59) So E. R. Huber a. a. O. S. 177.

60) Sie fallen auf Grund der einleitend vorgenommenen Einschränkung der Arbeit auf die Berufsbeamten der Staatsverwaltungsmacht nicht in den Rahmen unserer Betrachtungen.

61) Somit schließt das Gesetz nicht nur Juden im Sinne des Gesetzes vom 15. 9. 1935 aus, sondern darüber hinaus alle Personen, die nicht deutschen oder artverwandten Blutes sind. Vgl. die DVO. z. DBG. zu § 25.

Ehegatten, von der obersten Dienstbehörde im Einvernehmen mit dem Reichsminister des Innern und dem Stellvertreter des Führers getroffen werden. Besonders selten werden Ausnahmen von der Deutschblütigkeit des Bewerbers selbst sein.

Der deutschblütige Beamtenbewerber muß ferner durch sein Verhalten bereits bewiesen haben, „daß er gewillt und geeignet ist, in Treue dem deutschen Volk und Reich zu dienen" (§ 2 RBürgG.), er muß Reichsbürger sein[62]), es sei denn, daß er es wegen seines Alters und nur deshalb noch nicht sein kann oder daß eine Ausnahme im Sinne des § 26 Abs. 2 DBG. vorliegt. Nur der kann Träger der den allgemeinen staatsbürgerlichen Pflichten zusätzlichen Beamtenpflichten sein, der schon dem Pflichten- und Rechtskreis der Staatsbürger angehört und das ist erst dann der Fall, wenn der Bewerber die „verschiedenen Erziehungsschulen der deutschen Volksgemeinschaft durchlaufen und dort bestanden hat"[63]). Durch § 26 DBG. findet Art. 6 des Parteiprogramms volle Verwirklichung.

Da es im nationalsozialistischen Staat keine „neutralen" Beamten im Sinne der liberalistischen Zeit mehr geben kann[64]), sondern nur nationalsozialistische Beamte, muß schließlich der Beamte bereits vor seiner Ernennung unter Beweis gestellt haben, daß er die Gewähr dafür bietet, jederzeit rückhaltlos inner- und außerhalb des Dienstes für den nationalsozialistischen Staat einzutreten. Wenn das Gesetz auch den Weg für Ausnahmen von den Voraussetzungen für die Beamtenernennung vereinzelt offen läßt, im Hinblick auf das letztgenannte Erfordernis kann es auf Kosten der nationalsozialistischen Weltanschauung keine Zugeständnisse geben.

Schließlich muß der nationalsozialistische Staat, der die Leistung als Grundsatz für die Wertung der Persönlichkeit voranstellt[65]), angesichts der besonderen Pflichten, die den Beamten im Beamtenverhältnis erwarten, vom Bewerber eine planmäßige fachliche Vorbildung oder eine sonstige besondere Eignung für das ihm zu übertragende Amt verlangen. Diese „besondere Eignung" eines

---

62) Bis auf weiteres ist allerdings die vorläufige Reichsbürgerschaft ausreichend. DVO. Abs. 1 zu § 26 DBG.

63) Höhn a. a. O. S. 102.

64) Vgl. Seel a. a. O. S. 9 und Höhn a. a. O. S. 101.

65) Außer in § 26 Abs. 1 Ziff. 2 DBG. kommt der nationalsozialistische Leistungsgrundsatz besonders in § 21 DBG. zum Ausdruck. Vgl. RMin. Frick a. a. O.

Beamtenbewerbers wird vor allem praktisch werden bei den Beamten im Sinne des §44 DBG. (den sogn. politischen Beamten).

Auf die weiteren insbesondere in der DVO. zu § 27 DBG. und in § 68 Abs. 3 S. 1 DBG. enthaltenen Voraussetzungen für die Beamtenernennung kann nur verwiesen werden.

Zum Tatbestand der Beamtenfähigkeit gehören endlich noch die aus § 32 DBG. insofern sich ergebenden negativen Voraussetzungen, als die Ernennungsbehörde keine von vornherein nichtige oder nachträglich für nichtig zu erklärende Ernennung vornehmen darf.

Unter mehreren die gesetzlichen Voraussetzungen in gleicher Weise erfüllenden Personen darf die Ernennungsbehörde nicht willkürlich, sondern nur nach pflichtmäßigem Ermessen die Auswahl treffen[66]).

c) Die Beamtengemeinschaft als Stand.

Durch die hohen Anforderungen, die der Gesetzgeber von dem Beamtenbewerber verlangt, stellt er zugleich sicher, daß der Beamte die Voraussetzungen in sich trägt, „durch sein Verhalten in und außer dem Amte „sich" der Achtung und des Vertrauens, die seinem Berufe entgegengebracht werden, würdig zu zeigen"[67]), würdiges Glied des Berufsstandes der Beamten zu sein. Dadurch, daß das Gesetz dem Beamten ausdrücklich die besondere Pflicht des § 3 Abs. 3 DBG. auferlegt, schuf es bewußt Standespflichten des Beamtentums und erkannte es zugleich dessen Standesehre an[68]). Als Vereinigung von Personen, „die sich durch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe als Gemeinschaft mit Standesehre und Standespflichten fühlen"[69]), bildet die Beamtengemeinschaft somit einen echten Berufsstand. An dem Charakter der Beamtenschaft als echtem Berufsstand ändert die Tatsache nichts, daß der Beamtenstand im Sinne der gemeinsamen Erklärung des Reichsministers des Innern und des Stellvertreters des Führers vom 10. Februar 1934[70]) und der ablehnenden Haltung des Führers der Beamten H. Neef[71])

66) In Ausnahmefällen bestimmt allerdings das Gesetz, daß gewisse Personen wieder zu Beamten ernannt werden „sollen". Vgl. Ziff. II 1 der 2. DVO. zu § 30 DBG. vom 13. Oktober 1938 (RGBl. I S. 1421).
67) § 3 Abs. 3 DBG.
68) Vgl. Laforet a. a. O. S. 113 Anm. 8.
69) So Laforet a. a. O. S. 89, ferner in Schmollers Jhrb. a. a. O. S. 17.
70) Siehe Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 30.
71) Siehe K. F. Tempel a. a. O. S. 48.

rechtlich nicht in den berufsständischen Aufbau des Reiches eingebaut wurde. Wenn schon bisher das Schrifttum vielfach von „Beamtenstand" sprach[72]), so allerdings in der Hauptsache nur zur Kennzeichnung der soziologischen Stellung des Berufsbeamtentums schlechthin.

§ 3

Die Amtsstelle im Sinne des § 148 DBG.

„Die Verbindung von Amt und Beamter ist nicht nur sprachlich gegeben, sondern ist das Kernstück des ganzen Beamtenrechts". Diesem Satz von H. Gerber[73]) kommt im nationalsozialistischen Beamtenrecht eine besondere Bedeutung zu. Sie liegt im § 148 DBG. begründet. Ein öffentlicher Dienstherr kann nicht beliebig viele beamtenfähige Bewerber in das Beamtenverhältnis berufen, sondern jede Ernennung hat unter genauer Beachtung des § 148 DBG. zu erfolgen. Freilich spricht § 148 DBG. lediglich davon, daß „Stellen für Beamte" bloß unter bestimmten Voraussetzungen eingerichtet werden dürfen. Das Gesetz bringt aber hierdurch zum Ausdruck, daß der Dienstherr den beamtenfähigen Bewerber grundsätzlich nur bei gleichzeitiger rechtlich erlaubter Einrichtung einer „Amtsstelle" oder wenn eine solche bereits vorliegt zum Beamten ernennen darf. Damit macht das DBG. die Amtsstelle zu einem entscheidenden Begriff im Rahmen der Begründung des Beamtenverhältnisses. Ihn gilt es deshalb im folgenden zu bestimmen.

Vor dem DBG. kannte weder Rechtslehre noch Rechtsprechung einen besonderen Begriff „Amtsstelle". Das ist darauf zurückzuführen, daß überhaupt erst § 148 DBG. zur begrifflichen Erfassung des Sachverhalts der Amtsstelle zwingt. Dabei ist von den Aufgaben des öffentlichen Dienstes und deren Verwirklichung auszugehen. Zur Durchführung des öffentlichen Dienstes ist eine Vielzahl von Personen notwendig. Jeder dieser Personen kann davon nur ein kleiner Ausschnitt von Aufgaben obliegen. Je nach der Artung dieser verschiedenen Aufgabenkreise bedienen sich Staat, Körperschaften usw. Arbeiter, Angestellter und Beamter. Während es grundsätzlich dem pflichtmäßigen Ermessen des Dienstherrn überlassen

72) Vgl. Fleiner a. a. O. S. 94, Nadler-Wittland-Ruppert a a. O. 30, Brand a. a. O. 450.
73) H. Gerber AdöR. a. a. O. S. 36.

ist, ob er Arbeiter oder Angestellte in seinen Dienst nimmt, waren es beamten- und finanzpolitische Gesichtspunkte, die den Gesetzgeber veranlaßten, die öffentlichen Dienstherrn in der Beschäftigung (Ernennung) von Beamten zu binden. Dieser in § 148 DBG. zum Ausdruck kommenden Bindung legte der Gesetzgeber im wesentlichen die innere Natur der im Aufgabengebiet des Dienstherrn von diesem abgegrenzten Aufgabenkreise zu Grunde. Nur dann, wenn ein Aufgabenkreis den Anforderungen des § 148 DBG. entspricht, liegen die Voraussetzungen für eine „Amtsstelle" vor, die es dem Dienstherrn ermöglichen[74]), einen Beamten zu ernennen. Alle anderen Aufgabenkreise im öffentlichen Dienst können nur mit Arbeitern oder Angestellten besetzt werden. Welche Erfordernisse im einzelnen gegeben sein müssen, damit einem Aufgabenkreis, Fischbach[75]) spricht von „Dienstposten", Nadler-Wittland-Ruppert[76]) von „Geschäftskreis" und „Arbeitsplatz", die Natur einer Amtsstelle zukommt, ist im Gesetz abschließend geregelt.

Zunächst können Aufgabenkreise nur dann Amtsstellen sein oder zu solchen werden, wenn sie „die Wahrnehmung obrigkeitlicher Aufgaben in sich schließen"[77]). Nicht legt das Gesetz dabei aber fest, was obrigkeitliche Aufgaben sind. Es bestimmt, daß eine Tätigkeit, die sich ihrer Art nach von einer solchen des allgemeinen Wirtschaftslebens nicht unterscheidet, sowie eine Tätigkeit im Verwaltungsdienst, die sich in mechanischen Hilfeleistungen, im Schreibdienst und in einfachen Büroarbeiten erschöpft, als nicht-obrigkeitlich „gilt" und erübrigt damit jedenfalls insoweit eine Untersuchung darüber, ob obrigkeitliches Handeln vorliegt oder nicht. Diese Bestimmung des Gesetzes vermag indessen die Lösung der Frage des Obrigkeitlichen im Sinne des § 148 DBG. höchstens zu erleichtern,

74) Als einzige Ausnahme vom Erfordernis einer Amtsstelle bestimmt das Gesetz in § 148 Abs. 3 DBG., daß Beamte im Vorbereitungsdienst auch ohne eine solche ernannt werden können.

75) Fischbach in ZAkfDR. a. a. O. S. 724. Fischbach bezeichnet hier den Aufgabenkreis, der die Voraussetzungen des § 148 DBG. erfüllt, als „beamtenfähigen Dienstposten".

76) Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 1550 und 1549.

77) Der Beamte ist damit wieder grundsätzlich zum „Hoheitsbeamten" im eigentlichen Sinne geworden; Koellreutter, Deutsche Verwaltung a. a. O. S. 34 und Deutsches Verfassungsrecht a. a. O. S. 167. Das den Beamten kennzeichnende Obrigkeitliche seiner Tätigkeit ist es auch, das ihn in erster Linie vom Nicht-Beamten im öffentlichen Dienst unterscheidet und nicht ist das Entscheidende, wie Wacke in ZAkfDR. 1937 S. 496 ff. darstellt, die Gewährung lebenslänglicher Versorgung.

wobei sich aus ihr allerdings entnehmen läßt, daß der Begriff verhältnismäßig weit gespannt werden darf. Aber auch Wissenschaft und Rechtsprechung entwickelten keinen einheitlichen Begriff des Obrigkeitlichen. Wenn das PrOVG. in Bd. 20 S. 39 unter obrigkeitlichen Funktionen solche Dienstobliegenheiten verstanden haben will, die „in die Verfassung des Staates organisch eingreifen und Zwecke zu erfüllen haben, die in direkten Beziehungen zu Staatsaufgaben stehen", so ist diese Begriffsbestimmung offenbar zu eng. Zu unbestimmt sind hingegen die zu erwähnenden Ausführungen des RGZ in Bd. 113 S. 304 und des BayVGH. in Bd. 23 S. 82. H. Gerber[78]) stellt entscheidend auf die öffentliche Verantwortung ab, während Nadler-Wittland-Ruppert[79]) für die Bestimmung des Obrigkeitlichen auf den Begriff der Amtspflichtverletzung zurückgreift. Brand[80]) wiederum weist kurz darauf hin, daß es sich bei den „obrigkeitlichen Aufgaben" um solche Aufgaben handeln wird, „die nur dem öffentlichen Dienst eigentümlich sind". Schließlich geht Fischbach[81]), und dem kann gefolgt werden, von der, wie er sagt, bekannten Begriffsbestimmung[82]) aus: „Obrigkeitliche Aufgaben sind diejenigen Tätigkeiten des Staates und der ihm organisch verbundenen Einrichtungen (z. B. Gemeinden), bei denen es sich nicht nur um die Wahrnehmung privatrechtlicher (fiskalischer) Interessen, sondern um die Ausübung der Staatsgewalt handelt". Im Sinne der herrschenden Lehre führt er weiter aus: „Auch derjenige, der nur an der staatlichen Willensformung teilnimmt, verwirklicht eine obrigkeitliche Aufgabe. Der Betreffende braucht als Willensträger des Staates nach außen nicht notwendig in Erscheinung treten; es genügt, daß er, wenn auch in untergeordneter Form, zum Zustandekommen des Staatswillens beiträgt". Wenn auch die zahlreichen Begriffsbestimmungen insbesondere der Rechtslehre in ihrem Ausgangspunkt verschieden sein mögen[83]), so ist dennoch ihr Er-

78) H. Gerber in Veröffentlichungen d. Ver. d. deutsch. Staatsrl. a. a. O. S. 35.

79) Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 1550.

80) Brand a. a. O. S. 651.

81) Fischbach in ZAkfDR. a. a. O. S. 740.

82) Erläuterung des Begriffes Obrigkeitlich in dem Runderlaß des RuPrMin. des Innern vom 26. 2. 1935 (Ministerialblatt für die Preußische Innere Verwaltung 1935 Nr. 10 S. 289); ferner abgedruckt in Jhrb.AkfDR. 1935 S. 139.

83) Vielfach wird hierbei schon der Unterschied zwischen obrigkeitlich und hoheitlich verkannt. Auf den bestehenden Unterschied machen u. a. Fischbach a. a. O. S. 685 und Brand a. a. O. S. 651 aufmerksam.

gebnis im allgemeinen die Kennzeichnung des gleichen Sachverhalts des Obrigkeitlichen, welcher der Praxis in der gegenwärtigen Frage kaum Schwierigkeiten machen kann. Der Aufgabenkreis, der die Voraussetzungen einer Amtsstelle erfüllen soll, muß endlich nicht ausschließlich die Wahrnehmung obrigkeitlicher Aufgaben zum Gegenstand haben, sondern braucht solche nur „in sich schließen", d. h. zu einem wenn auch bedeutsamen Teil und für eine nicht nur vorübergehende Zeit[84]) mit sich bringen.

Die Gegebenheit des öffentlichen Lebens verlangt, daß gewisse Aufgabenkreise, die an sich keine obrigkeitlichen Tätigkeiten oder diese nicht in ausreichendem Maße enthalten, dennoch mit Beamten besetzt werden. Aus diesem Grunde erweiterte der Gesetzgeber den Begriff der Amtsstelle in dem Sinne, daß Aufgabenkreisen auch dann die Eigenschaft von Amtsstellen zukommt, wenn diese zwar keine obrigkeitlichen Handlungen in sich schließen, aber „aus Gründen der Staatssicherheit nicht von Angestellten oder Arbeitern versehen werden dürfen". Die Grenzen des zur Sicherheit des Staates Erforderlichen können im einzelnen politischer Staatsnotwendigkeit folgend gerade heute weit gezogen werden.

Letzten Endes kann der Reichsminister des Innern mit Zustimmung des Reichsfinanzministers bei Fehlen der Gesichtspunkte der Wahrnehmung obrigkeitlicher Aufgaben oder der Staatssicherheit die Einrichtung von Amtsstellen für Versorgungsanwärter[85]) anordnen. Nur in diesem Falle kann auf Grund der Anweisung einer übergeordneten Behörde ein Aufgabenkreis des öffentlichen Dienstes ungeachtet seiner inneren Natur zur Amtsstelle werden.

Um schließlich sicherzustellen, daß Amtsstellen tatsächlich im Sinne de § 148 DBG. gechaffen werden, dürfen andere Körperschaften des öffentlichen Rechts als Gebietskörperschaften, ferner Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts nur mit Zustimmung

---

84) Nicht wird man sagen brauchen „dauernd" im Sinne des § 148 Abs. 4 DBG. Andererseits wird man auch Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 1551 nicht grundsätzlich folgen können, der vorübergehende Wahrnehmung obrigkeitlicher Tätigkeit schlechthin für die Einrichtung von Amtsstellen genügen läßt. Diese Auffassung widerspricht wohl, von Ausnahmen abgesehen, der ratio legis des § 148 DBG.

85) Seit Inkrafttreten des WFVG. am 1. Oktober 1938 nunmehr Militäranwärter. Diesen sind gleichzustellen die Anwärter des RAD. gemäß dem Reichsarbeitsdienstfürsorge- und -versorgungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. 9. 1938.

des zuständigen Reichsministers im Einvernehmen mit dem Reichsfinanzminister Stellen für Beamte einrichten.

Besondere Amtstellen sind die Planstellen. Eine Amtsstelle darf nur dann zur Planstelle erhoben werden, wenn sie dauernd erforderlich ist. Die Einrichtung der Planstelle besteht in der Aufnahme der die Voraussetzungen des § 148 Abs. 1 S. 1 DBG. erfüllenden Amtsstelle in die Titel 1 der Haushaltspläne[86]).

Trotz Vorliegens von Amtsstellen oder der Voraussetzungen hierzu besteht für den Dienstherrn keine Rechtspflicht, diese mit Beamten zu besetzen. Doch soll er in diesen Fällen Beamte ernennen, denn „sonst besteht die Gefahr der Aushöhlung des Berufsbeamtentums"[87]). Anderseits wird die Gültigkeit der Ernennung eines Beamten bei Fehlen oder nicht gleichzeitiger rechtlich möglicher Schaffung einer Amtsstelle in ihrer Rechtswirksamkeit nicht berührt. Die Ernennungsbehörde macht sich aber gegenüber ihrem Dienstherrn verantwortlich und möglicherweise schadensersatzpflichtig. Nicht wird aber auch durch eine Ernennung ohne Amtsstelle eine solche geschaffen. § 148 DBG. stellt lediglich eine beamten- und besoldungspolitische Richtschnur dar, deren Bedeutung für das gesamte Beamtenrecht allerdings nicht hoch genug eingeschätzt werden kann.

Der Begriff der Amtsstelle fällt nicht mit dem wegen seiner mehrfachen Bedeutung erheblich weiteren Begriff des Amtes[88]) zusammen. Bis in die neueste Zeit unterschied die herrschende Lehre in der Hauptsache zwischen Amt im objektiven und Amt im subjektiven Sinne. Unter Amt im objektiven Sinne bezeichnete man „einen bestimmt abgegrenzten Kreis staatlicher Geschäfte oder Tätigkeiten"[89]). Der Begriff der Amtsstelle ist gegenüber diesem Begriff des Amts im objektiven Sinne insofern enger, als sich die Amtsstelle nicht mit der öffentlich-rechtlichen Abgrenzung eines Aufgabenkreises des öffentlichen Dienstes begnügt, sondern von diesem außerdem die

---

86) Über die Planstellen der Gemeinden siehe Daniels a. a. O. S. 105, 6.

87) Brand a. a. O. S. 653.

88) Über die uralte Bedeutung des Wortes „Amt" siehe die bemerkenswerten Ausführungen von Kleinstück im Archiv für Politik und Geschichte Jhrg. 4 (9) 1926 H. 7/8 S. 2 ff.

89) Meyer-Anschütz a. a. O. S. 581. Vgl. auch Finger a. a. O. S. 413, Anschütz-Thoma a. a. O. S. 28, Fleiner a. a. O. S. 92 Anm. 92, Anm. 2. Siehe auch RGZ 37, 243.

Erfüllung eines Tatbestandes des § 148 DBG. erfordert. Der bisherige Begriff des Amts im objektiven Sinne hat somit im geltenden Recht seine selbständige Bedeutung verloren. Mit Recht wird aber auch die Amtsstelle als solche, besonders zutreffend die Planstelle, mit Amt schlechthin bezeichnet. Daneben ist dem Begriff Amt eine subjektive Bedeutung beizulegen. Teils wird unter Amt in diesem Sinne die „Summe der einem physischen Willensträger zustehenden Befugnisse"[90]), d. h. der aus der Amtsstelle erfließende Inbegriff von Befugnissen verstanden, und insoweit kann der Begriffsbildung Amt im subjektiven Sinne zugestimmt werden[91]), teils wird es weniger glücklich mit dem Träger eines Wirkungskreises und schließlich mit Behörde gleichgesetzt[92]). Wohl ist auch die Bezeichnung der Behörde als Amt gerechtfertigt. Als Behördenbegriff ist dabei aber zu bestimmen eine in der Organisation der Staatsverwaltungsmacht mit gewisser Selbständigkeit ausgestattete Einheit von Amtstellen und Amtsbefugnissen[93]). In seiner letzten Bedeutung umschreibt schließlich der Sprachgebrauch mit Amt die rechtliche und sachliche Organisation einer Behörde[94]).

---

90) Finger a. a. O. S. 47, 413. Für das geltende Recht ist hierbei zu vergegenwärtigen, daß als solcher physischer Willensträger im vorhinein nur eine Person in Betracht kommen kann, die die Voraussetzungen der Beamtenfähigkeit im Sinne des DBG. vor allem in rassischer Beziehung (§ 25 DBG., DVO. z. DBG. zu § 25) erfüllt.

91) In diesem Zusammenhang ist ferner der Begriff des öffentlichen Amtes im Sinne des § 4 Abs. 1 der 1. VO. zum Reichsbürgergesetz vom 15. 9. 1935 — RGBl. I S. 1146 — zu nennen, als dessen Träger § 5 der 2. VO. zum Reichsbürgergesetz vom 21. 12. 1935 — RGBl. I S. 1524 — außer den Beamten alle jene Personen betrachtet, die zur Erfüllung obrigkeitlicher oder hoheitlicher Aufgaben schlechthin bestellt sind.

92) Meyer-Anschütz a. a. O. S. 381, Sacher a. a. O. Bd. I S. 154.

93) Bis in die neueste Zeit hinein gebrauchte der Gesetzgeber in zahlreichen bedeutsamsten Gesetzen den Begriff „Behörde", ohne diesen auch nur annähernd zu bestimmen. Gleichfalls suchen wir vergeblich in der Rechtsprechung der Zivilsenate des Reichsgerichts und der höchsten Verwaltungsgerichte nach einer Begriffsbestimmung. Alle diese Gerichte begnügen sich in ihren zahlreichen einschlägigen Urteilen mit der bloßen Feststellung, ob eine Behörde vorliegt oder nicht. Demgegenüber beschäftigten sich die Strafsenate des Reichsgerichts in vielen Entscheidungen (RGSt 57, 324; 54, 150; 52, 199 u. a. m.) eingehend mit dem Behördenbegriff, ohne aber nun wieder eine allgemein befriedigende Bestimmung desselben geben zu können. In teilweiser Übernahme dieser umstrittenen reichsgerichtlichen Begriffsbestimmung zeigt die Rechtslehre eine nur schwer übersehbare Fülle verschiedener Auslegungen des Behördenbegriffes. Im übrigen kann auf die Arbeit von F. H. Hänsel a. a. O. verwiesen werden.

94) Bezirksamt, Amtsgericht usw. im weitesten Sinne.

§ 4

Der Ernennungsakt.

1. Die Rechtsnatur des Ernennungsaktes.

Rechtsgrundlage für die Begründung eines Beamtenverhältnisses ist der Vorgang, durch den der Dienstherr bei Vorliegen oder gleichzeitiger Einrichtung einer Amtsstelle[95]) den beamtenfähigen Bewerber zum Beamten ernennt. Um die rechtliche Natur dieses Vorganges, über die sich die gesamte Beamtengesetzgebung ausschwieg, herrschte vor dem DBG. lebhafter Streit in Wissenschaft und Rechtsprechung. Wie wenig man in der Vergangenheit rechtlich mit der Beamtenernennung mitunter anzufangen wußte, läßt besonders deutlich ein Urteil des Reichsgerichts in der JW. 1906 S. 551 Ziff. 20 erkennen, das in völliger Begriffsverwirrung feststellt, daß das Beamtenverhältnis durch einen „einseitigen" Akt der Staatsgewalt begründet werde, welcher „vertragliche" Elemente enthalte, die „in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag ihren Ursprung finden"; dieser öffentlich-rechtliche Vertrag bringe „privatrechtliche Wirkungen" hervor und sei „quasikontraktlicher Natur". Das DBG. entzieht jedem ernstlichen Meinungsstreit über die Rechtsnatur des das Beamtenverhältnis begründenden Vorgangs den Boden. Die gegenstandslos gewordenen Lehrmeinungen und Ansichten der höchsten Gerichte haben heute im wesentlichen nur noch rechtsgeschichtliche Bedeutung. Dennoch erscheint es unerläßlich auf sie nach Vergegenwärtigung der Rechtslage des geltenden Rechts in Kürze einzugehen.

a) Die Ernennung als einseitiger, antrags- oder zustimmungsbedingter, rechtsgestaltender Hoheitsakt.

„Die Ernennung zum Beamten ist ein Hoheitsakt". Die Amtliche Begründung zum DBG.[96]) stellt damit den Willen des Gesetzgebers dahin fest, daß jeder andere Weg zum Beamtenverhältnis als über einen Hoheitsakt ausgeschlossen ist. Gleichzeitig läßt das Gesetz selbst schon durch seine Ausdrucksweise, vor allem durch die Worte „Ernennung" und „Berufung", die strenge Einseitigkeit dieses Hoheitsaktes erkennen. „Es ist nach heutiger Auffassung undenkbar, das Beamtenverhältnis, wie früher, aufzubauen auf einem

95) Abgesehen von der Ausnahme des § 148 Abs. 3 DBG.
96) Besonderer Teil zu § 32.

verwaltungsrechtlichen Vertrag oder auf einem sogn. zweiseitigen Verwaltungsakt"[97]). Der ein Beamtenverhältnis begründende einseitige Hoheitsakt kann nur von einem öffentlichen Dienstherrn[98]) erlassen werden. Er gehört als Verwaltungsakt dem Arm der Verwaltung an. Die Fälle, in denen Beamtenverhältnisse durch einen Hoheitsakt der Gesetzgebung in das Leben gerufen werden[99]) oder als Ausfluß der gestaltenden Kraft einer Rechtsregel[100]) entstehen, sind Ausnahmen.

Die Ernennung setzt in der Regel[101]) den Willen des zu Ernennenden voraus. Dies spricht das Gesetz zwar nicht unmittelbar aus. Doch kann der nach § 3 DBG. in der Ernennung enthaltene „Vertrauensbeweis der Staatsführung" begrifflich nur dem mit seiner Berufung in das Beamtenverhältnis einverstandenen Volksgenossen erteilt[102]) und vor allem das dem Beamtenverhältnis zu Grunde liegende Treueverhältnis nur mit dem Willen dessen, der die Treue halten soll, begründet werden. Im allgemeinen wird das Einverständnis zur Übernahme als Beamter in der Rechtsform eines Antrags vorliegen. Fehlt ein solcher, so muß die Zustimmung des Volksgenossen zu seiner Ernennung spätestens im Zeitpunkt der Aushändigung der Ernennungsurkunde gegeben sein. Sie braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden. Es genügt, wenn sie eindeutig aus dem Verhalten des für das Beamtenverhältnis Ausersehenen hervorgeht. Antrag oder Zustimmung, die im öffentlichen Recht wurzelnde eigenartige Willensäußerungen darstellen[103]), bilden als Voraussetzung für die Begründung des Beamtenverhältnisses eine

97) Maunz a. a. O. S. 274/5. Seit dem DBG. unbestritten.

98) Beamtenernennungen durch Wahl, als einen Verwaltungsakt besonderer Art (Laforet a. a. O. S. 84 Anm. 2), gehören der Vergangenheit an. Vgl. über heute noch bestehende Ausnahmen bei Wittland a. a. O. S. 119, 120.

99) § 3 Abs. 2 des Gesetzes v. 23. 6. 1933, RGBl. I S. 390.

100) § 55 Abs. 2 DBG. Freilich hat hier die Entstehung eines Beamtenverhältnisses kraft Gesetzes im besonderen die Bedeutung einer kraft Gesetzes erfolgenden Fortsetzung eines früheren Beamtenverhältnisses. Vgl. unten S. 95.

101) Nur bei der Ernennung von Ehrenbeamten kommt es nicht auf den Willen des Volksgenossen an. Hierüber und über die nicht zu billigende Ansicht von Maunz, daß in bestimmten Fällen das Einverständnis des zu Ernennenden ersetzt werde durch das Treueverhältnis, in dem sich dieser innerhalb einer engeren Gemeinschaft zum Führer befindet, siehe unten S. 47 f.

102) Vgl. Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 591.

103) Brand a. a. O. S. 70. Vgl. auch Elleringmann in BJB. 1935 S. 286 ff. Nicht gefolgt werden kann der Auffassung von Pappenheim, der den Antrag als „nicht-amtliches öffentliches Rechtsgeschäft" bezeichnet; angeführt bei Jaschkowitz im AdöR. 56 S. 378.

wesentliche unerläßliche Bedingung[104]) für die Wirksamkeit des Ernennungsaktes, nicht aber einen Bestandteil desselben. Der Ernennungsakt bleibt trotz der Willensbeteiligung des Beamten ein rein einseitiger Verwaltungsakt.

Schließlich ist der Ernennungsakt ein Verwaltungsakt rechtsgestaltender Art. Seine Rechte erzeugende Natur ist erst bedingt durch seine Pflichten begründende Seite. Die besondere Eigenschaft des Beamtenverhältnisses als überwiegendes Pflichtenverhältnis macht die ausdrückliche Hervorhebung dieser Seite des Beamtenernennungsaktes erforderlich.

b) Die Auffassungen vor dem DBG.

Die Fülle der zahlreichen von Wissenschaft und Rechtsprechung vor dem DBG. vertretenen Auffassungen von der Rechtsnatur des Beamtenernennungsaktes läßt sich in der Hauptsache auf drei Richtungen zurückführen: Die Vertragstheorie, die insbesondere von Paul Laband[105]) ausgearbeitet wurde, die auf Otto Mayer[106]) zurückgehende Lehre vom einseitigen Verwaltungsakt auf Unterwerfung und die zeitlich jüngste Theorie vom zweiseitigen Verwaltungsakt, die von Walter Jellinek[107]) aufgestellt wurde.

Die Ansicht vom öffentlich-rechtlichen Vertrag[108]) wurde auf die Begründung gestützt, daß zur Ernennung des Beamten dessen Einwilligung notwendig sei. In seinem Versuch einer Widerlegung der Vertragslehre machte Jaschkowitz[109]) dieser den berechtigten Vorwurf, daß der Antrag des Beamten mit „einer Vertragsofferte" verwechselt werde. Schließlich lag ihr der wesentliche Irrtum zu Grunde, als müsse eine Willensübereinstimmung immer zu einem

104) Eine condicio iuris. Vgl. Brand a. a. O. S. 70.

105) Paul Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht, 7. Aufl., I, S. 449, Ders. im AdöR. n. F. 18 (1903) S. 82 ff.

106) O. Mayer a. a. O. II S. 148.

107) W. Jellinek, Festgabe für das PrOVG a. a. O. S. 84 ff. Ders. VwR. a. a. O. S. 242 ff., 352.

108) Siehe die Übersicht über die Anhänger dieser Lehre bei Anschütz-Thoma a. a. O. S. 35 Anm. 3. Die höchstrichterliche Rechtsprechung schloß sich in zahlreichen älteren Entscheidungen dieser Lehrmeinung an. So RGZ bereits in Bd. 18, 173 ff.; ferner in den Bdn. 28, 80 ff.; 37, 243; 95, 145 f.; 99, 261 ff. Erst ab Bd. 104, 58 ff. kommt das RGZ zu einer endgültigen und klaren Ablehnung der Vertragstheorie zunächst zugunsten der Auffassung vom einseitigen Verwaltungsakt auf Unterwerfung. Für die Vertragstheorie sprachen sich außerdem aus RGSt 56, 19 ff., RMG 19, 289, PrOVG 13, 138, BayVHG 38, 24; 42, 74.

190) Jaschkowitz a. a. O. S. 337.

Vertrag führen. Der schwerstwiegende Einwand gegen sie war aber darin zu erblicken, daß auch ein öffentlich-rechtlicher Vertrag stets zwei Parteien voraussetzt, die einander bei Vertragsschluß völlig gleichberechtigt gegenüberstehen. Bei der Begründung eines Beamtenverhältnisses hat indessen der öffentliche Dienstherr jedenfalls die Stellung des übergeordneten Teils. Wenn die Amtliche Begründung zum DBG.[110]) ausdrücklich feststellt, daß der Staat nicht „einen Vertrag mit dem Beamten" schließt, so geschah dies vor allem im Hinblick auf die im geltenden Recht nunmehr erledigte Vertragslehre.

Gegen die Vertragstheorie wandte sich schon bald O. Mayer mit seiner Lehre vom Verwaltungsakt auf Unterwerfung. Im wesentlichen haben die bereits bisher in Wissenschaft und Rechtsprechung herrschenden Gedankengänge O. Mayers[111]) durch das DBG. ihre Rechtfertigung gefunden. Berechtigt ist aber gerade heute Kritik gegen eine Anwendung des von O. Mayer selbst geprägten Ausdrucks „Verwaltungsakt auf Unterwerfung", die, wenn auch nur vereinzelt, bis in die jüngste Zeit erfolgte[112]). Es kann diesem Ausdruck vornehmlich nicht der Vorwurf rechtssprachlicher Ungenauigkeit erspart bleiben. Der Verwaltungsakt „auf Grund" Unterwerfung ist eben kein anderer als der durch die Voraussetzung der Einwilligung des Beamten, die sich rechtlich entweder in einem Antrag oder in einer Zustimmung äußert, bedingte Verwaltungsakt der Ernennung. Schack[113]) hebt hervor, daß durch ihn gerade der juristisch wesentliche Gesichtspunkt, die Willensrichtung des Betroffenen, nicht zum Bewußtsein kommt. Der Ernennungsakt unterwirft nicht, sondern es ist so, daß der Beamtenbewerber sich unterwirft.

Neben der Vertragstheorie sind durch das DBG. auch die Lehre Jellineks vom zweiseitigen Verwaltungsakt[114]) und die von ihr mehr oder weniger abweichenden Darstellungen gegenstandslos geworden, die insbesondere in Begriffsbezeichnungen wie zweiseitiger

110) Besonderer Teil zu Abschnitt I.

111) Siehe die Übersicht über die Anhänger der Lehre von O. Mayer bei Anschütz-Thoma a. a. O. S. 35 Anm. 4. Aus der Rechtsprechung sei nur angeführt RGZ 110, 192; 117, 153 ff. RGSt 56, 413; PrOVG 67, 460 ff.; 70, 117; u. a. m.

112) So z. B. Brand a. a. O. S. 69.

113) Schack in ZBR. 3, S. 250 Anm. 4.

114) Neben Jellinek sind besonders zu erwähnen Peters bei Huy de Grais, Handbuch der Verfassung S. 8, Heyland in ZBR 1934 S. 97 und RG 126, 245.

Verwaltungsakt auf Unterwerfung, antrags- oder zulassungsbedingter zweiseitiger Verwaltungsakt[115]), unvollkommen zweiseitiges Rechtsgeschäft[116]) oder vertraglicher Verwaltungsakt[117]) zum Ausdruck kommen. Beweggrund zur Auffassung Jellineks war dessen Überzeugung einerseits von der Unhaltbarkeit der Vertragstheorie und anderseits davon, daß Verwaltungsakte, wie die Begründung des Beamtenverhältnisses, bei Fehlen der Willensrichtung des Betroffenen nichtig seien und diese Nichtigkeit sich nach der Lehre O. Mayers nicht begründen lasse. Wegen des letzteren Bedürfnisses glaubten Jellinek und seine Anhänger den Begründungsakt in zwei, wenn auch ungleiche, Teile zerlegen zu müssen, von welchen den einen der Staat und den anderen der Beamte setzen sollte. Gerade der unverkennbare Standpunkt des DBG. vom Ernennungsakt als streng einseitigem Hoheitsakt rechtfertigt nunmehr auch von Seiten des Gesetzgebers die Einwendungen Fleiners[118]) gegen eine solche Zerreißung des einheitlichen Verwaltungsaktes. Zudem bestanden gegen die Bezeichnung „zweiseitiger Verwaltungsakt" auch sprachliche Bedenken, die besonders Schack[119]) hervorhebt und begründet.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts schwankte zwischen den drei aufgezeigten in der Hauptsache vertretenen Auffassungen von der Rechtsnatur des Ernennungsaktes[120]). Darüber hinaus löste das höchste Gericht, abgesehen davon, daß es eine stillschweigende durch schlüssige Handlungen erfolgende Anstellung kannte[121]), die Begründung des Beamtenverhältnisses von einem hoheitsrechtlichen Ernennungsakt überhaupt los und vertrat in ständiger Rechtsprechung die Möglichkeit eines „automatischen" Erwerbes der Beamteneigenschaft[122]). Die Betrauung einer Person mit obrigkeitlichen Aufgaben sollte „automatisch" die Verleihung der Beamteneigen-

115) Erwähnt bei Laforet, „Beamtenrecht oder Arbeitsrecht?" a. a. O. S. 3.
116) Jaschkowitz, AdöR. 56 S. 338.
117) Seidler, AdöR. 12 S. 298.
118) Fleiner a. a. O. S. 194.
119) Schack in ZBR. S. 281.
120) Siehe besonders Anschütz-Thoma a. a. O. S. 37 mit Anführung zahlreicher Beispiele aus der Rechtsprechung der höchsten Gerichte.
121) Vgl. RGZ 132, 62. Fleiner a. a. O. S. 190 Anm. 32 äußerte sich insoweit über die Rechtsprechung mit den Worten: „Diese habe es sogar fertig gebracht, von ‚stillschweigenden Beamtenernennungen' zu reden".
122) RGZ 106, 19; 132, 62 ff. RG in Sievers a. a. O. S. 386 ff. Vgl. ferner die angeführte Rechtsprechung bei Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. 1621; über die Anhänger in der Wissenschaft siehe bei v. Brauchitsch a. a. O. S. 7, 8.

schaft in sich schließen. Lediglich in einer nebensächlichen oder nur vorübergehenden Ausübung obrigkeitlicher Verrichtungen sah das Reichsgericht eine Ausnahme[123]). Die Begründung seiner Rechtsprechung erblickte es darin, daß sich obrigkeitliche Tätigkeit allein in einem Beamtenverhältnis vollziehen könne. Dies entspreche einem ungeschriebenen „allgemeinen Grundsatz des deutschen Staatsrechts"[124]). Das Reichsgericht legte diesem Grundsatz eine so weitgehende Bedeutung bei, daß es den Erwerb der Beamteneigenschaft selbst gegen den Willen der Beteiligten eintreten ließ, ja, daß es mit Rücksicht auf ihn sogar dem Gesetzgeber in den Ländern jede Möglichkeit anderweitiger Entscheidung nehmen wollte und so bekanntlich dem § 1 des Preußischen Kommunalbeamtengesetzes vom 30. Juli 1899 die Rechtsverbindlichkeit absprach. Schon vor dem DBG. fand die höchstrichterliche Rechtsprechung beachtlichen Widerstand, vor allem in der ständigen Rechtsprechung des Pr OVG.[125]). Das BRÄndGes. vom 30. Juni 1933 (§§ 3 und 5 Abs. 2) und nunmehr das DBG. (§§ 27 und 178) bereiteten der reichsgerichtlichen Meinung vom „automatischen" Erwerb der Beamteneigenschaft ein Ende.

2. Die Formgebundenheit des Ernennungsaktes.

Mit der Rechtsnatur des Beamtenernennungsaktes eng verknüpft sind die zwingenden Formvorschriften des Gesetzes. Die Erfordernisse des 27 DBG. bilden einen wesentlichen Bestandteil des Ernennungsvorganges. Ohne ihre Beachtung liegt noch kein abgeschlossener Ernennungsakt vor. Nadler-Wittland-Ruppert[126]) spricht in diesem Falle mit Recht von einer „Nicht-Ernennung"[127])[128]).

123) RGZ 106, 17 ff.; 112, 126; 132, 62 ff.

124) Köttgen in AdöR. a. a. O. S. 225. Heyland sprach in JW. 1933 S. 1978 irrtümlich von einem aus der langjährigen Rechtsprechung des Reichsgerichts und anderer oberer Gerichte sich herausentwickelten „Satz des Reichsgewohnheitsrechtes".

125) PrOVG 18, 55; 74, 268 ff.; vgl. außerdem RGSt 56, 367 ff.; PrDiszH. in Recht 1924 Nr. 1720 und die Entscheidung des Staatsgerichtshofes in RGZ 137 Anh. S. 34. Gegen das Reichsgericht stand ferner das überwiegende Schrifttum, so Köttgen in AdöR. a. a. O. S. 225 ff.; Apel in JW. 1927 S. 449; Liebisch in LZ. 26, 898 ff. Siehe auch Laforet-von Jan-Schattenfroh a. a. O. S. 303, 4.

126) Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 644.

127) „Bevor der Ernnungsvorgang nicht vollendet ist, liegt eine Ernennung nicht vor", Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 1532.

128) Ein Ernennungsakt, der gegen § 27 DBG. verstößt, kann nur im Sinne von „Nicht-Ernennung" als „nichtige Ernennung" bezeichnet werden. Lediglich

Der öffentlich-rechtliche Wille der Ernennungsbehörde, ein Beamtenverhältnis zu begründen, muß nach § 27 DBG. zunächst in einer Urkunde[129]) schlechthin Ausdruck finden. Darüber hinaus schreibt § 27 DBG. als deren zwingenden Inhalt die Worte „unter Berufung in das Beamtenverhältnis" vor. Ähnliche Worte sind nicht nur zu „vermeiden", wie Nadler-Wittland-Ruppert[130]) sich gelegentlich ausdrückt, sondern unzulässig und würden nicht zur Begründung eines Beamtenverhältnisses führen. Eine Verletzung der im übrigen vom Gesetz über den Inhalt der Urkunde, vor allem in Nr. VI der Durchführungsvorschriften über die Ernennung der Beamten und Beendigung des Beamtenverhältnisses vom 12. 7. 1937[131]) aufgestellten Vorschriften, berührt dagegen den sonst fehlerfreien Ernennungsakt in seiner Wirksamkeit nicht. Die Formvorschriften der §§ 28 und 29 DBG. sind zwar im gleichen Sinne zwingend, wie die in § 27 DBG., beziehen sich aber nur auf die inhaltliche Gestaltung des Beamtenverhältnisses, nicht jedoch auf dessen Begründung als solche. Schließlich muß zur Ernennungsurkunde und ihrem zwingenden Inhalt noch ihre „Aushändigung" treten. Von dieser ist jede andere Art von Mitteilung oder Eröffnung streng zu unterscheiden[132]). Der Begriff der Aushändigung ist im Sinne der Zustellung des § 19 RDStO. zu verstehen. Wesentlich ist ihm, daß der Vorgang der Aushändigung mit Willen der Ernennungsbehörde erfolgt[133]).

Einen Rechtsanspruch auf Aushändigung einer Ernennungsurkunde kann es nicht geben. Ein solcher würde im Rahmen des DBG. die Zuerkennung eines Anspruchs auf Begründung eines Beamtenverhältnisses bedeuten[134]). Ob der Beamte seinen Dienst

unter dieser Voraussetzung bleibt der herrschenden Lehre der Vorwurf erspart, auf der einen Seite davon zu sprechen, daß die §§ 32 ff. DBG. den fehlerhaften Ernennungsakt erschöpfend regeln, und auf der anderen Seite dennoch den gegen § 27 verstoßenden Ernennungsakt als „nichtig" und damit als einen nicht in den §§ 32 ff. DBG. geregelten Fall der fehlerhaften Ernennung zu bezeichnen.

129) Diese braucht nicht als „Ernennungsurkunde" bezeichnet zu werden. Dem Herkommen gemäß spricht man bei der nichtplanmäßigen Einstellung eines Beamter von „Ernennungsverfügung" und erst bei einer Anstellung von „Ernennungsurkunde". Vgl. Fischbach in DtVerw. 1938 S. 19 Anm. 2.

130) Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 597.

131) RGBl. I S. 771.

132) Vgl. Heyland in ZBR. 1934 S. 97, 101; RGZ 142, 56 ff.

133) Vgl. RG in ZBR. 1934 S. 36; PrOVG in RVBl. 55, 621.

134) Von ganz anderen Voraussetzungen war die Anerkennung eines Rechtsanspruchs des bereits zum Gemeindebeamten Ernannten auf Aushändigung einer

antritt oder nicht, berührt das durch die Aushändigung der Ernennungsurkunde wirksam begründete Beamtenverhältnis zunächst nicht. Trotz der rechtsgestaltenden Wirkung der Aushändigung vermag diese etwaige Mängel, die der Ernennung entgegenstehen, nicht zu heilen. Was im übrigen die Rechtsnatur der Ernennungsurkunde anlangt, so ist sie zusammenfassend als rechtsgestaltende öffentlich-rechtliche Urkunde mit nachfolgender Beweiswirkung zu bezeichnen. Ihre rechtliche Bedeutung im besonderen liegt schließlich darin, daß sie, wie Daniels[135]) hervorhebt, neben § 148 DBG., der zur grundsätzlichen Abgrenzung des Arbeiters und Angestellten des öffentlichen Dienstes vom Beamten nach der materiellen Seite hin führt, die eindeutige Grenzlinie in formeller Beziehung gibt.

Der gesetzgeberische Beweggrund zur Formstrenge des § 27 DBG. ist wohl in erster Linie in der vom Reichsgericht vertretenen Ansicht vom „automatischen" Erwerb der Beamteneigenschaft und deren bedeutungsvollen Schattenseite[136]) zu suchen, die in der Gefahr für die öffentlichen Finanzen lag, da in ständig wachsendem Maße auf Privatdienstvertrag angestellte Personen Beamteneigenschaft und hieraus die materiellen Beamtenrechte geltend machten mit der Begründung, sie hätten hoheitliche Befugnisse ausgeübt und seien deshalb Beamte geworden. Die finanzpolitische Bedeutung der beamtenrechtlichen Neuerung des § 27 DBG. gegenüber der überholten reichsgerichtlichen Rechtsprechung erhellt die Tatsache, daß sich in den letzten Jahren vor der nationalsozialistischen Gesetzgebung der Betrag, mit welchem Reich, Länder und Gemeinden in Auswirkung der Haltung des Reichsgerichts in Anspruch genommen wurden oder eine Inanspruchnahme zu erwarten war, auf nahezu eine Milliarde Reichsmark belief[137]). Heute besteht für die öffentlichen Dienstherrn nicht mehr die Gefahr, im Falle einer selbst dauernden Betrauung eines nichtbeamteten Beschäftigten mit obrigkeitlichen Aufgaben im Sinne der früheren reichsgerichtlichen Rechtsprechung rechtlich verpflichtet zu werden.

Ernennungsurkunde nach der BayGO (§§ 58, 60, 100, getragen. Vgl. Laforet-von Jan-Schattenfroh a. a. O. S. 361. Siehe auch Wittland in JW. 1934 S. 721.

135) Daniels a. a. O. S. 81, 98 f.

136) Diese verkannte Juneck, wenn er in DJZ. 1929 Sp. 1257 die höchstrichterliche Rechtsprechung zu Art. 129 WV. und damit auch ihre Auffassung vom automatischen Erwerb der Beamteneigenschaft vorbehaltlos „als einen Glanzpunkt der Rechtsprechung des Reichsgerichts rühmt".

137) K. F. Tempel a. a. O. S. 7.

3. Die bei der Ernennung vorgesehene Mitwirkung anderer Stellen und ihre rechtliche Bedeutung für den Ernennungsakt.

Wie die Erfüllung der Formerfordernisse des § 27 DBG., so gehört auch die vom Gesetz im Rahmen der Begründung des Beamtenverhältnisses vielfach vorgesehene Mitwirkung anderer von der Ernennungsbehörde verschiedener Stellen zum Ernennungsvorgang. Die einzelnen Mitwirkungsformen, die in den §§ 24, 31 und 151 Abs. 4 DBG. ihre gesetzliche Grundlage finden, sind indessen für die Rechtswirksamkeit des Ernennungsaktes nicht von gleicher rechtlicher Bedeutung. Jeder Tatbestand gegebener Mitwirkung bedarf vielmehr der gesonderten Feststellung, welche Rechtswirkungen der Gesetzgeber mit der Verletzung seiner Vorschriften verknüpft.

In bestimmten Fällen hält es der Gesetzgeber für notwendig, einer anderen Stelle einen entscheidenden Einfluß auf die Auswahl der zu Beamten zu ernennenden Personen zu geben. Eine derartige für die Begründung des Beamtenverhältnisses wesentliche Mitwirkung liegt regelmäßig nur bei Ernennungen vor, die durch andere Dienstherrn als Reich und Länder[138]) vorgenommen werden und die an die Billigung einer staatlichen Aufsichtsbehörde in Form einer Zustimmung, Bestätigung oder Genehmigung gebunden sind[139]). Die Mitwirkung stellt insoweit einen wesentlichen Bestandteil des Ernennungsvorganges dar. Fehlt sie, dann ist der Ernennungsvorgang noch nicht abgeschlossen, es liegt noch kein Ernennungsakt vor[140]), sondern eine rechtlich bedeutungslose „Nicht-Ernennung"[141])[142]). In diesem Sinne kann nach § 7 Abs. 2 PBG.[143]) nur der gemeindlicher

138) Ausnahme z. B. nach § 2 der 1. DVO. zur Überleitung des Forst- und Jagdwesens auf das Reich v. 12. 7. 1934 in der Fassung der VO. vom 28. 1. 1935 (RGBl. I S. 70).

139) Vgl. Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 551.

140) In diesem Sinne RGZ 133, 209/10 und die hier angeführte weitere Rechtsprechung. Das PrOVG. nahm dagegen in einer neueren Entscheidung in RVBl. 58 S. 543 ff. an, daß bis zur Erteilung der Bestätigung, Genehmigung oder Zustimmung das Beamtenverhältnis aufschiebend bedingt bestehe. Diese nicht zu billigende Auffassung des PrOVG. wird jedoch dem mit der Bestätigung usw. verfolgten Zweck nicht gerecht.

141) Die Feststellung auf S. 35 Anm. 128 gilt hier entsprechend.

142) Eine Mitwirkung rechtlich gleicher Bedeutung ist dann gegeben, wenn der Gesetzgeber vorschreibt, daß eine Ernennung „im Einvernehmen mit" einer anderen Stelle vorzunehmen ist. Die beteiligten Behörden müssen hier über die Ernennung übereinstimmend entscheiden und diese gemeinsam vollziehen.

143) Vom 24. 6. 1937, RGBl. I S. 653.

Polizeivollzugsbeamter werden, dessen Ernennung die Bestätigung des Reichsministers des Innern oder der von ihm benannten Stelle findet. Ein weiteres Beispiel enthält § 54 PStG.[144]), wonach die Ernennung eines Standesbeamten der Gemeinde an die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde gebunden ist. Von ganz besonderer Bedeutung ist schließlich die im Rahmen der Begründung des Beamtenverhältnisses der leitenden Gemeindebeamten (§ 41 DGO.) unerläßliche Mitwirkung von Partei und Staat.

Mitunter ist im Interesse allgemeiner Belange der öffentlichen Verwaltung zwar die Zustimmung oder Genehmigung anderer Stellen vorgesehen, ohne aber davon die Rechtswirksamkeit des Ernennungsaktes abhängig zu machen. In diesem Zusammenhang ist die mit Rücksicht auf die Notwendigkeit einheitlicher Laufbahngestaltung und zum Schutz der Finanzen des einzelnen Dienstherrn (Reich, Länder) vor allem in § 17 der Reichsgrundsätze über Einstellung, Anstellung und Beförderung vom 14. 10. 1936[145]) und § 36a der Reichshaushaltsordnung[146]) erfolgte Einschaltung der Willensbeteiligung anderer Stellen zu nennen. Ähnlich verhält es sich mit der aus Ziffer 5 der 2. DVO. zu § 2 DBG. und aus Ziffer I der 2. DVO. zu § 60 DBG. sich ergebenden Beteiligungsform. Die Rechtsfolgen einer Verletzung all dieser Vorschriften erschöpfen sich in der Verantwortlichkeit (Dienststrafe, Haftung) der die Vorschriften außer acht lassenden Beamten der Ernennungsbehörde. Eine Beteiligung dieser Art vermag, obgleich zum Ernennungsverfahren gehörig, den Ernennungsakt in seiner Wirksamkeit und Rechtsnatur nicht zu berühren.

Am Ernennungsvorgang, allerdings nur im weitesten Sinne des Wortes verstanden, haben endlich die Stellen teil, deren Mitwirkung in vorbereitender, unterstützender und beratender Tätigkeit besteht. Diese Tätigkeit ist im allgemeinen in der Art vorgesehen, daß die Begründung des Beamtenverhältnisses erst auf Vorschlag oder nach Anhören dieser Stelle vorgenommen wird. Die Vorschlagsbefugnis bei Ernennungen, die der Führer und Reichskanzler ausspricht, ist in den Durchführungsvorschriften über die Ernennung der Beamten und die Beendigung des Beamtenverhältnisses

144) Vom 3. 11. 1937, RGBl. I S. 1146.
145) RGBl. I S. 893.
146) Vom 14. 4. 1930, RGBl. II S. 693; verschiedentlich geändert.

vom 12. 7. 1937 in Nr. III geregelt. Darüber hinaus kennen § 9 Bankges.[147]), § 119 RHaushO., § 26 RSchuldO.[148]) u. a. Gesetze eine Vorschlagsbefugnis anderer Stellen[149]). Die Ernennungsbehörde ist in keinem Fall an Vorschläge gebunden. Dies folgt schon aus dem Begriff des Vorschlags, nicht zuletzt aus dem in der Regel bestehenden Unterordnungsverhältnis zwischen Ernennungs- und Vorschlagsbehörde. Die Ernennungsbehörde kann ohne einen Vorschlag oder abweichend von einem solchen eine Ernennung vornehmen. Die Vorschlagsbehörde hat zwar keinen Anspruch darauf, Vorschläge einzureichen, wohl aber nach pflichtmäßigem Ermessen, das die Ernennungsbehörde als übergeordnete Behörde beeinflussen kann, eine Pflicht dazu. Ähnlich wie mit dem Rechtsgebilde des Vorschlags verhält es sich mit der Beteiligungsform, die in der Regel in der Wendung „ist zu hören", mit der Worte wie „im Benehmen mit" sinngleich sind, Ausdruck findet. Eine Beteiligung in diesem Sinne ist besonders zugunsten der NSDAP. in Ziffer I Absatz 3 des Erlasses des Führers und Reichskanzlers über die Ernennung der Beamten und die Beendigung des Beamtenverhältnisses vom 10. 7. 1937 gegeben und außerdem für andere Stellen in § 5 des Gesetzes über die Vereinheitlichung des Gesundheitswesens[150]), § 2 des Gesetzes über den Aufbau der Sozialversicherung[151]), §§ 29 und 45 RAbgO.[152]) und anderen Gesetzen mehr[153]). Ihr Wesen liegt darin, daß sie der Ernennungsbehörde die Rechtspflicht auferlegt, der vom Gesetzgeber benannten Behörde Gelegenheit zu geben, sich zu der Ernennungsabsicht zu äußern. An diese Äußerungen besteht aber ebensowenig wie an einen Vorschlag eine Bindung. Einen Rechtsanspruch darauf, gehört zu werden, hat die beteiligte Behörde nicht, jedoch eine Pflicht sich dann, wenn die Ernennungsbehörde an sie herantritt, nach pflichtmäßigem Ermessen zu äußern[154]). Aus der

147) Vom 30. 8. 1924, RGBl. II S. 693; verschiedentlich geändert.
148) Vom 13. 2. 1924, RGBl. I S. 95; verschiedentlich geändert.
149) Die Vorschlagsbefugnis kann durch das Gesetz mehreren Stellen mit der Bestimmung übertragen sein, daß diese nur im gegenseitigen „Einvernehmen" ausgeübt werden kann. Beispiel: § 6 Abs. 4 Erbhofverfahrensordnung vom 21. 12. 1936, RGBl. I S. 1082.
150) Vom 3. 7. 1934, RGBl. I S. 531.
151) Vom 5. 7. 1934, RGBl. I S. 577.
152) Vom 13. 12. 1919, RGBl. S. 1993 ff.
153) Vgl. die weiteren Beispiele bei Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 1580.
154) Für diese Äußerung kann im Gesetz eine besondere Form vorgeschrieben sein. § 6 Abs. 4 Bankges. verlangt so z. B. vor Ernennung des Reichsbankpräsidenten vom Reichsbankdirektorium eine „gutachtliche" Äußerung.

dargestellten Rechtsnatur der Vorschlagsbefugnis und Anhörung anderer Stellen ergibt sich, daß auch diese Beteiligungsformen, obwohl sie zum Ernennungsverfahren gehören, die Rechtswirksamkeit und Rechtsnatur des Ernennungsaktes nicht zu beeinflussen vermögen.

Zusammenfassend läßt sich sonach die Rechtsnatur des Ernennungsaktes, wie folgt, umschreiben: Der das Beamtenverhältnis begründende Ernennungsakt ist ein einseitiger, antrags- oder zustimmungsbedingter, rechtsgestaltender (1.), an zwingende Formen gebundener (2.) und in bestimmten vom Gesetz vorgesehenen Fällen durch die Mitwirkung anderer Stellen bedingter ((3.) Verwaltungsakt.

§ 5

Eintritt der Rechtswirksamkeit des Ernennungsaktes.

Nur wenn der Beamtenernennungsakt den dargestellten ihm wesentlichen Erfordernissen entspricht, können die Rechtswirkungen eintreten, die das Gesetz an ihn knüpft. Die Ernennung wird unter dieser Voraussetzung grundsätzlich im Zeitpunkt der Aushändigung der Ernennungsurkunde rechtswirksam[155]). Ausnahmen von diesem Grundsatz sind allein im Rahmen der DVO. zu § 24 DBG. zulässig. So kann durch ausdrückliche Bestimmung bei Aushändigung der Urkunde für die Rechtswirksamkeit der Begründung des Beamtenverhältnisses nur ein späterer Tag festgelegt werden. In diesem Falle löst die Aushändigung der Urkunde noch keinerlei Rechtsfolgen aus. Sie läßt sich rechtlich nur als vorweggenommene Erfüllung eines zwingenden Formerfordernisses erklären. Die auf Begründung des Beamtenverhältnisses gerichtete öffentlich-rechtliche Willenserklärung des Dienstherrn soll erst in dem in der Urkunde angegebenen späteren Zeitpunkt abgegeben gelten. Daraus folgt, daß die Ernennungsbehörde vor Eintritt des in der Ernennungsurkunde bezeichneten Zeitpunktes diese jederzeit zurückverlangen kann, regelmäßig aber nicht tun wird.

Demgegenüber ging schon bisher die herrschende Meinung von Wissenschaft und Rechtsprechung und nicht zuletzt der unverkenn-

155) Der innerhalb des Beamtenverhältnisses bestehenden Einheit des Dienst- und des Treueverhältnisses entspricht es, daß beide, Dienst- und Treuverhältnis, immer nur gleichzeitig wirksam werden können.

bare Wille des Gesetzgebers dahin, daß der Ernennung keine rückwirkende Kraft beigelegt werden kann. Heute findet diese Auffassung in der DVO. zu § 24 DBG. ausdrücklich ihren Niederschlag. Auch ohne diese gesetzliche Bestimmung würde allein schon die Erwägung, daß das Treueverhältnis, in dem der Beamte zu Führer und Reich steht und das nach § 1 DBG. einen der beiden wesentlichen Bestandteile des Beamtenverhältnisses bildet, begrifflich nicht mit Rückwirkung begründet werden kann, eindeutig zu diesem Ergebnis führen. Eine Ernennung, die eine rückwirkende Bestimmung enthält, ist, soweit es sich um diese Bestimmung handelt, kraft Gesetzes nichtig. Die Unwirksamkeit ist auch dann gegeben, wenn die Bestimmung dadurch zu einer rückwirkenden wurde, daß die Aushändigung ohne irgendein Verschulden der Ernennungsbehörde später erfolgte als ursprünglich vorgesehen war. Durch diese Nichtigkeit wird aber der Ernennungsakt selbst nicht berührt. Ist die Wirksamkeit des Ernennungsaktes durch eine zustimmende, bestätigende oder genehmigende wesentliche Beteiligung einer anderen Stelle bedingt, so liegt eine Ernennung trotz Aushändigung der Ernennungsurkunde ohne Bestimmung eines späteren Zeitpunktes oder bei Bestimmung eines solchen trotz dessen Eintritts erst von dem zeitlichen Abschluß der Mitwirkungshandlung ab, nicht aber früher, vor.

Wenn ungeachtet der DVO. zu § 24 DBG. der rechtliche Sprachgebrauch dennoch sogenannte „rückwirkende Ernennungen" kennt[156]), so ist mit dieser Wendung niemals die rückwirkende Begründung eines Beamtenverhältnisses, sondern nur die Gewährung besoldungsrechtlicher Vorteile gemeint[157]). Besoldungsrechtlich ist es möglich, einem Beamten mit Rückwirkung eine Amtsstelle zu verleihen. Diese Rückwirkung ist allerdings nach Nr. 11 der Ausführungsbestimmungen zum Reichsbesoldungsgesetz (Besoldungsvorschriften) vom 12. 3. 1928 zu §§ 5 bis 7 BesGes.[158]) auf höchstens drei Monate beschränkt und darf nur unter der Voraussetzung verfügt werden, daß der Beamte in dieser Zeit die Obliegenheiten der ihm übertragenen oder einer gleichartigen Stelle tatsächlich wahrgenommen hat. Ohne diese Voraussetzung kann die Verleihung

156) v. Brauchitsch a. a. O. S. 35: „Die Anstellung eines Beamten mit Rückwirkung auf einen früheren Zeitpunkt ist zulässig und entspricht — in den gesetzlichen Grenzen — ständiger Übung.

157) Vgl. RGZ 109, 220 ff.; PrOVG in Ztschr. f. Selbstverwaltung 1931 S. 39; v. Brauchitsch a. a. O. S. 35; Wittland in JW. 1934 S. 721.

158) Reichshalts- und Besoldungsblatt 1928 S. 33 ff.

einer freien Stelle lediglich mit Wirkung vom ersten oder einem sonstigen Tag des Kalendermonats an verfügt werden, in dem diese stattfindet. Ausdrücklich bestimmen jedoch die Besoldungsvorschriften (a. a. O.), daß dem Beamten nur die Dienstbezüge der rückwirkend verliehenen Amtsstelle zuerkannt werden, daß er aber dadurch keinesfalls auch die Eigenschaft eines Beamten dieser Besoldungsgruppe und der sich hieraus ergebenden übrigen Rechte mit rückwirkender Kraft erlangt. Gerade diese letztere Bestimmung läßt keinen Zweifel mehr darüber, daß die „rückwirkende Ernennung" im dargelegten besoldungsrechtlichen Sinne niemals die Begründung eines Beamtenverhältnisses mit rückwirkender Kraft enthalten kann.

§ 6

Der Beamteneid und seine rechtliche Bedeutung.

Gleichzeitig mit der rechtswirksamen Begründung des Beamtenverhältnisses erwächst dem Beamten als erste Rechtspflicht die Ablegung des am Anfange seiner eigentlichen dienstlichen Tätigkeit stehenden Diensteides (§ 4 DBG.). Der Eid[159]) begründet nicht etwa erst das mit dem Dienstverhältnis die Einheit des Beamtenverhältnisses bildende Treueverhältnis. Das Treueverhältnis besteht vielmehr uneingeschränkt seit Begründung des Beamtenverhältnisses. Es ist zwischen Beamten und Führer von Anbeginn persönlich. Aus dieser seit Rechtswirksamkeit des Ernennungsaktes bestehenden Persönlichkeit des Treueverhältnisses ergibt sich mit Nadler-Wittland-Ruppert[160]), daß „die Leistung des Eides das Band persönlicher Treue, das den Beamten mit dem Führer verbindet" nur bekräftigt[161]) und bestärkt, nicht aber erst „begründet", wie gelegentlich Daniels[162]) und Brand[163]) behaupten. Die Eidesleistung des Be-

159) Der Beamteneid ist wie der des Parteigenossen oder Soldaten ein Gefolgschaftseid auf den Führer. Alle drei politischen Eide haben nicht nur die gleiche hohe ethische Bedeutung, sondern sind auch rechtlich auf dieselbe Stufe zu stellen. Nicht der Beamteneid schlechthin und dessen einschneidender Wesenswandel durch die nationalsozialistische Weltanschauung soll in diesem Zusammenhang untersucht werden, sondern lediglich seine rechtliche Bedeutung im Rahmen der Begründung des Beamtenverhältnisses.

160) Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 198.

161) § 4 Abs. 1 DBG. spricht selbst nur von „bekräftigt".

162) Daniels a. a. O. S. 8.

163) Brand a. a. O. S. 116: das persönliche Treueband zwischen Führer und Beamten werde durch den Eid erst „geknüpft".

amten ist rechtlich nicht vor rechtswirksamer Begründung des Beamtenverhältnisses möglich. Schon deshalb kann daher der Eid keinen wesentlichen oder auch nur unwesentlichen Bestandteil des Ernennungsaktes darstellen. Durch ihn wird einerseits weder eine fehlerhafte Ernennung in ihren Mängeln geheilt[164]) noch berührt anderseits — wie etwa im früheren Recht nach § 3 RBG. — eine Eidesverweigerung das Beamtenverhältnis in seiner Wirksamkeit. Auf Grund der Eidesleistung erwachsen dem Beamten keine neuen gesetzlichen Pflichten oder Rechte. Nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts[165]) und nach herrschender Lehre[166]) kam ihr vor dem DBG. weitgehende Beweiswirkung für die Frage der Begründung des Beamtenverhältnisses zu. Heute ist diese Beweisbedeutung des Eides infolge der Formstrenge des § 27 DBG. gegenstandslos geworden. Auf die Rechtsgültigkeit der Amtshandlungen des Beamten ist die Eidesleistung ohne jeden Einfluß[167]). Endlich wurde nach bisherigem Recht die ruhegehaltsfähige Dienstzeit in der Regel von der Eidesleistung an gerechnet. Im Hinblick auf § 81 DBG. ist der Eid aber auch insofern nicht mehr maßgebend. Die einzige besondere rechtliche Bedeutung des Eides verband der Gesetzgeber nicht mit seiner Leistung[168]), sondern mit seiner Verweigerung durch den Beamten. Die Rechtsfolge der Eidesverweigerung ist die, daß das Gesetz der zuständigen Stelle die Rechtspflicht auferlegt, den Beamten, der seiner Eidespflicht[169]) vorsätzlich nicht genügt, zu entlassen (§ 57 DBG.).

In rechtlicher Beziehung läßt sich zusammenfassend sagen, daß die Eidesleistung des Beamten lediglich seine durch das Beamtenverhältnis begründete, aber vom Begründungsakt selbst vollständig unabhängige erste Dienstpflicht ist, an deren Verletzung das Gesetz nicht

---

164) Vgl. PrOVG. 89 S. 398 ff.

165) Vgl. Sievers a. a. O. S. 373 f.

166) Vgl. Anschütz-Thoma a. a. O. S. 39, Friedrichs in ZBR. 1 S. 271.

167) Vgl. Brand a. a. O. S. 118. Ausdrücklich sprach dies das BayBG. von 1908 in Art. 23 Abs. 3 aus. Nach gemeinem Recht (L. 14 Cod. de judic., Nov. 8 c 1), wie auch verschiedentlich nach partikularem Recht (Peinl. Ger. O. Art. 3, Kammergerichtsordnung von 1555 T. I Titel 71, 85) war jede amtliche Handlung eines unbeeidigten Richters nichtig. Unter Bezugnahme auf §§ 74, 78, 81 ALR II 17 nahm gleichfalls bis in die neuere Zeit Schulze in „Preußisches Staatsrecht" (1. Auflage) S. 322 Nichtigkeit an. Selbst eine entsprechende Bestimmung wie in § 14 Abs. 3 S. 2 RNotOrd., wonach ein Notar erst nach Eidesleistung sein Amt wahrnehmen darf, fehlt im DBG.

168) Auf sie kann der Beamte keinen Rechtsanspruch haben.

169) Von dieser Pflicht gibt es keine Befreiung.

nur ein Recht, sondern die Pflicht für die zuständige Behörde knüpft, das Beamtenverhältnis durch Verfügung zu beenden.

§ 7

Rechtsanspruch auf Begründung des Beamtenverhältnisses.

Schließlich ist zu untersuchen, ob es im Rahmen des DBG. einen Rechtsanspruch auf Begründung des Beamtenverhältnisses, d. h. auf die Aufnahme in den erhöhten Rechts- und Pflichtenkreis der Beamtengemeinschaft, in die Beamtengefolgschaft des Führers, gibt und geben kann. Aus dem Grundsatz des Nationalsozialismus „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" folgt die Vermutung dafür, daß dem Einzelwillen im geltenden Recht grundsätzlich kein Rechtsanspruch zukommt. Unser rechtliches Denken und Gestalten geht nicht vom Einzelnen aus, sondern von der Volksgemeinschaft und vom grundsätzlichen Vorrang ihrer Interessen gegenüber jedem rechtlichen Begehren des Einzelnen. Zu Beginn der nationalsozialistischen Rechtserneuerung zog man überhaupt jede Berechtigung eines Rechtsanspruchs im öffentlichen Recht ernstlich in Zweifel[170]). Inzwischen hat der Gesetzgeber diese Frage eindeutig und im bejahenden Sinne entschieden[171]) So sind auch im Rahmen des DBG. ausdrücklich Rechtsansprüche gegeben (z. B. in den §§ 60, 79 ff. DBG.)[172]). Nicht befindet sich darunter aber ein Rechtsanspruch auf Begründung des Beamtenverhältnisses. Der Erlaß des Hoheitsaktes der Ernennung kann niemals über einen Rechtsanspruch erzwungen werden, selbst von einem Volksgenossen nicht, der seine bisherige Lebensaufgabe auf die ausschließliche Vorbereitung für einen bestimmten Beamtenberuf abgestellt hat[173]). Rechtsansprüche

170) Zur Frage, „ob im heutigen autoritären Führerstaat der Einzelne einen ‚Rechtsanspruch' im Gebiete des öffentlichen Rechts haben kann", siehe besonders bei Laforet a. a. O. S. 45 ff.

171) Zuerst durch die DGO. vom 30. 1. 1935 (RGBl. I S. 49 ff.).

172) Vgl. Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. 697 ff.; Heyland in ZBR. 7 S. 53 ff.

173) RGZ in Gruchot 34, 294; v. Brauchisch a. a. O. S. 32; v. Rönne-Zorn a. a. O. S. 426, 7. — Ebensowenig ist dem Militäranwärter, auch nach dem neuen WFVG. nicht, ein Rechtsanspruch auf Begründung eines Beamtenverhältnisses zuzubilligen. § 1 WFVG. gewährt diesem lediglich einen allgemeinen Anspruch auf Fürsorge und Versorgung im Sinne des genannten Gesetzes. nicht aber einen besonderen auf Begründung eines Beamtenverhältnisses. So spricht auch Wagner in ZAkfDR. 1938 S. 700 nur von einem „Anspruch des gedienten Soldaten auf" „Fürsorge und Versorgung" schlechthin. Für die Anwärter des RAD. gilt

des öffentlichen Rechts kann die nationalsozialistische Gesetzgebung nur zugunsten des Volksgenossen in seiner Eigenschaft als Glied der Volksgemeinschaft und nur um derentwillen anerkennen und gewähren[174]). Das Lebensinteresse der Volksgemeinschaft verlangt aber gerade, daß ein solcher Rechtsanspruch auf Begründung eines Beamtenverhältnisses nicht besteht. In der entscheidenden Frage, wer Beamter und damit Glied und Träger der Säule des Reiches „Staatsverwaltungsmacht" werden soll, können die zur Ernennung zuständigen Stellen im Interesse der Volksgemeinschaft unmöglich durch Rechtsansprüche gebunden sein und gebunden werden. Ein Rechtsanspruch auf Begründung des Beamtenverhältnisses würde die Verwaltung „in der Erfüllung ihrer Aufgaben unzweckmäßig hindern"[175]). Auch daraus, daß das Gesetz verschiedentlich, so z. B. in § 53 PerStG., § 18 Abs. 1 S. 2 AOG., §§ 40, 39 Abs. 2 DGO., § 150 S. 1 DBG. usw. eine Rechtspflicht[176]) auferlegt, gewisse Personen zu Beamten zu ernennen, kann der Einzelne für sich keinen Rechtsanspruch auf Ernennung ableiten. Diesen Bestimmungen liegen ausschließlich die Belange der Gemeinschaft zu Grunde und ihre Bedeutung erschöpft sich allein in der Bindung der Verwaltungsbehörden[177]). Daß es keinen Rechtsanspruch auf Begründung des Beamtenverhältnisses geben kann, ist nicht erst eine Erkenntnis des nationalsozialistischen Beamtenrechts, sondern schon in der Zeit des ausgeprägten individualistischen Sonderanspruchs der liberalistischen Vergangenheit kannte ausnahmslos weder die Wissenschaft[178]) noch die Rechtsprechung[179]), trotz des Wortlauts des Art. 128 WV., wonach alle Staatsbürger ohne Unterschied „zu den öffentlichen Ämtern zuzulassen" waren, einen Rechtsanspruch auf Ernennung zum Beamten.

Dem Fehlen eines Rechtsanspruchs auf Begründung des Beamtenverhältnisses steht die Frage gegenüber, ob der Volksgenosse gegen

---

dasselbe wie für die Militäranwärter (§§ 35 ff., 1 des Reichsarbeitsdienstfürsorge- und -versorgungsgesetzes).

174) Weidemann in Deutsches Recht 1936 S. 310.

175) Laforet a. a. O. S. 56.

176) Sie ist erzwingbar, bei den Gemeinden im Wege der Staatsaufsicht.

177) Daß es im öffentlichen Recht Rechtsregeln gibt, die öffentlich-rechtliche Pflichten auferlegen, ohne hieraus zugleich Ansprüche zu gewähren, ist unbestritten (sogn. Reflexrechte); siehe Laforet a. a. O. S. 58.

178) Vgl. Hatschek a. a. O. S. 310; Wittland in JW. 1934 S. 721; Brand in Nipperdey a. a. O. S. 216 mit Verweisungen.

179) Siehe die Anführung der Rechtsprechung bei Fischbach a. a. O. S. 43.

seinen Willen zum Beamten ernannt werden kann, ob es im Beamtenrecht Fälle gibt, in denen der Volksgenosse auf Grund einer Rechtspflicht Beamter werden muß[180]). Nach § 5 Abs. 2 DGO. ist jeder Bürger rechtlich verpflichtet, seine Kräfte jederzeit ehrenamtlich dem Dienst in der Gemeinde zu widmen; er muß sich zu diesem Zweck auf Verlangen des Bürgermeisters selbst gegen seinen Willen zum Ehrenbeamten der Gemeinde ernennen lassen (§ 23 Abs. 1 DGO.). Folgt z. B. ein etwa im Wege der Ersatzzustellung der Ernennungsurkunde zum Gemeinderat berufener Gemeindebürger seiner Berufung nicht, so kann er gemäß § 23 Abs. 2 DGO. in Buße bis zu 1000 Reichsmark genommen und ihm das Bürgerrecht in der Gemeinde bis zur Dauer von 6 Jahren aberkannt werden. Für das Berufsbeamtentum jedoch, auf das allein sich die vorliegende Arbeit erstreckt, fehlt eine Bestimmung in diesem Sinne. Hier gilt ausnahmslos der Grundsatz, daß die Begründung des Beamtenverhältnisses den freien Willen des Volksgenossen zur wesentlichen Voraussetzung hat[181]).

Maunz[182]) vertritt allerdings die Ansicht, daß für Volksgenossen, die zum Führer innerhalb einer engeren Gemeinschaft in einem über die volksgenössische Treue hinausgehenden besonderen Treueverhältnis stehen, wie in der Partei- oder der Wehrgemeinschaft, aus diesem Treueverhältnis die Verpflichtung folge, Beamter zu werden, und daß diese Verpflichtung die für die Rechtswirksamkeit des Ernennungsaktes allgemein erforderliche Einwilligung (Antrag oder Zustimmung) des zum Beamten zu Ernennenden ersetze. In diesen Fällen sei die Begründung eines Beamtenverhältnisses selbst gegen den ausdrücklichen Willen des Betroffenen ohne weiteres rechtswirksam. Dem kann m. E. nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Es ist zuzustimmen, daß aus der Zugehörigkeit zur Partei- oder Wehrgemeinschaft für den Einzelnen die ungeschriebene Pflicht folgen kann, Beamter zu werden. Nicht aber reicht eine derartige Pflicht soweit, daß sie einen Satz des staatlichen Rechts still-

180) Unabhängig davon sind die Fälle einer gesetzlichen Pflicht zur Übernahme eines öffentlichen Amts (Schöffe, Geschworener, Vormund usw.).

181) Geschichtliche Beispiele für wissenschaftliche Vertreter eines staatlichen Zwangsrechts zur Begründung eines Beamtenverhältnisses sind u. a. Gönner a. a. O. S. 56, 258; Heffter in „Beiträge zum Deutschen Staats- und Fürstenrecht", Berlin 1829 S. 127; Dahlmann, „Die Politik" 1847 S. 272. Weitere Beispiele bei v. Rönne-Zorn a. a. O. S. 426 A. 5.

182) Maunz a. a. O. S. 275.

schweigend aufhebt. Der Führer will an das gemäß seinem Willen bestehende Recht des Staates im vollen Umfange gebunden sein und daher auch an den Rechtssatz, daß ein (Berufs-)Beamtenverhältnis grundsätzlich nur durch Antrag oder Zustimmung des Beamten begründet werden kann, mag dieser Rechtssatz auch nicht ausdrücklich im Gesetz niedergelegt sein. Der Kreisleiter, den Maunz (a. a. O.) als Beispiel heranzieht, kann trotz der aus seinem besonderen Treueverhältnis zum Führer erfließenden Pflicht, sich zum Landrat ernennen zu lassen, nicht ohne seine Bereiterklärung Landrat werden. Diese Pflicht des Kreisleiters und ihre Verletzung hat nur parteirechtliche Folgen. Der Kreisleiter macht sich dem Führer gegenüber aus der Verletzung seiner Parteidienstpflicht verantwortlich.

§ 8

Der fehlerhafte Ernennungsakt.

Die Begründung des Beamtenverhältnisses setzt einen Ernennungsakt voraus, der den Anforderungen der Rechtsordnung grundsätzlich in jeder Beziehung entspricht. Im öffentlichen Recht suchte man bisher vergeblich nach einer positiven gesetzlichen Regelung der so bedeutsamen Fragen, welche Mängel den Verwaltungsakt in seiner Rechtswirksamkeit berühren und welche Rechtswirkungen und Rechtsfolgen ein rechtserheblicher Mangel auslöst. Die notwendige Folge davon war die vielfach verschiedene Beantwortung dieser Fragen in Wissenschaft und Rechtsprechung. Für die beamtenrechtliche Praxis bestand angesichts der herrschenden Auffassung des Reichsgerichts vom „automatichen" Erwerb der Beamteneigenschaft schließlich nicht so sehr das Bedürfnis nach eindeutigen gesetzlichen Bestimmungen in diesem Sinne. Im Zuge der umfassenden Neuregelung der Begründung des Beamtenverhältnisses war es jedoch für den Gesetzgeber eine vordringliche Aufgabe, im DBG. Vorschriften über den fehlerhaften Ernennungsakt zu treffen. Unter den nicht allzu zahlreichen Streitfragen, die das DBG. ungeklärt ließ, ist nun gerade eine darin zu erblicken, ob die §§ 32 ff. DBG. das Problem des fehlerhaften Ernennungsaktes abschließend regeln. Diese Frage ist m. E. nur unter zwei wesentlichen Einschränkungen zu bejahen. Einmal umfassen die §§ 32 ff. DBG. nicht die Fälle der „Nicht-Ernennung". Mit anderen Worten, die gesetzliche Regelung setzt einen

abgeschlossenen Ernennungsvorgang voraus, vor allem[183]) die Erfüllung des § 27 DBG. und den Abschluß der vom Gesetz etwa vorgesehenen wesentlichen Mitwirkung einer anderen Stelle bei der Ernennung. Als zweite Einschränkung ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber bei seiner Regelung von dem Vorliegen einer rechtlich einwandfreien Einwilligung des Beamten in seine Ernennung ausgeht[184]). Indessen berührt aber auch das Fehlen der zur Ernennung unerläßlichen Einwilligung des Beamten oder deren wesentliche Fehlerhaftigkeit den Ernennungsakt, sodaß an die Betrachtung der gesetzlichen Bestimmungen über den fehlerhaften Ernennungsakt, Ausführungen hierüber anzuschließen sind. Die gesetzlichen Bestimmungen selbst lassen sich in zwei Hauptgruppen einteilen, deren erste die Fälle der Nichtigkeit kraft Gesetzes und deren zweite die Fälle der Vernichtbarkeit durch Nichtigkeitserklärung der hierzu berufenen Behörde umfaßt. Ihre Darlegung steht im Vordergrund.

a) Der nichtige Ernennungsakt.

Der Ernennungsakt ist dann ohne weiteres kraft Gesetzes nichtig, wenn einer der drei von § 32 Abs. 1 DBG. umfaßten Tatbestände gegeben ist. Das Gesetz erklärt eine Beamtenernennung für nichtig, wenn der Bewerber im Zeitpunkt seiner Ernennung nicht Reichsbürger war, es sei denn, daß ihm das Reichsbürgerrecht lediglich auf Grund seines Lebensalters ermangelt, oder wenn er entmündigt oder infolge strafgerichtlicher Verurteilung zur Bekleidung öffentlicher Ämter unfähig war. Eine Ernennung war bei Vorliegen dieser Mängel nur dadurch möglich, daß die ernennende Behörde das Fehlen der genannten Umstände irrtümlich angenommen hat oder über sie hinweggetäuscht wurde. In diesen Fällen ist ein Beamtenverhältnis nie entstanden.

Da der nach § 32 Abs. 1 DBG. mangelhafte Ernennungsakt keinesfalls ein Beamtenverhältnis begründet hat, so erübrigt sich ein rechtsvernichtender Verwaltungsgegenakt. § 33 Abs. 1 DBG. legt jedoch dem Dienstvorgesetzten, der nicht die Ernennungsbehörde zu sein

183) Abgesehen von den sicherlich sehr seltenen Fällen der „Ernennung“ durch Nicht-Behörden oder dem Fehlen einer zum Beamten zu ernennenden Person (es soll z. B. eine juristische oder eine verstorbene Person ernannt werden).

184) Vgl. Brand a. a. O. S. 329.

braucht, die Rechtspflicht[185]) auf, „nach Kenntnis des Nichtigkeitsgrundes dem Ernannten sofort jede weitere Führung der Dienstgeschäfte zu verbieten". Dieses Verbot, durch das die Nichtigkeit von Seiten der Behörde geltend zu machen ist, kann von der Überordnungsinstanz der zuständigen Dienstbehörde erzwungen oder selbst erlassen werden. Für andere Stellen, insbesondere für die Gerichte, ist es nicht bindend. Dem steht auch § 146 DBG. nicht entgegen. Kommt der Dienstvorgesetzte nachträglich zur Überzeugung, daß das Verbot ungerechtfertigt ist, so hat er es aufzuheben. Auch diese Aufhebung kann durch die der zunächst zuständigen Dienstbehörde übergeordneten Stelle veranlaßt werden oder unmittelbar selbst erfolgen. Ein ungerechtfertigtes Verbot vermag die Rechtsgültigkeit des Ernennungsaktes nicht zu berühren. Unabhängig von der in einem Verbot zur weiteren Führung der Dienstgeschäfte enthaltenen Feststellung der Nichtigkeit des Beamtenverhältnisses kann sich jedermann auf die fehlende Beamteneigenschaft berufen. Ein Anspruch auf Feststellung der Nichtigkeit besteht niemals.

Der nichtige Ernennungsakt bleibt auch dann ohne irgendeine rechtsbegründende Wirkung, wenn der Tatbestand, auf dem die Nichtigkeit beruht, nachträglich, wenn auch noch vor Kenntnisnahme durch die Ernennungsbehörde, wegfällt. Eine Heilung der Nichtigkeit, selbst mit Willen der zuständigen Ernennungsbehörde, ist schon begrifflich ausgeschlossen. Diese käme im übrigen einer rechtlich unmöglichen Begründung des Beamtenverhältnisses mit rückwirkender Kraft gleich.

Obwohl die „Amtshandlungen" des Ernannten beim Fehlen der Beamteneigenschaft desselben rechtlich keine Amtshandlungen sind, „gelten" sie kraft ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes in § 34 DBG. als solche. Auch die „Dienstbezüge", die dem Ernannten nach pflichtmäßigem Ermessen der zuständigen Stelle belassen werden können, sind keine eigentlichen Dienstbezüge[186]), „gelten" aber, wenn sie belassen werden, ebenfalls als solche, wie aus dem Zusammenhang des § 34 DBG. zu entnehmen ist. Dem § 34 DBG.

185) Ein schuldhafter Verstoß gegen diese Rechtspflicht zieht die dienststrafrechtliche und vermögensrechtliche Haftung des Dienstvorgesetzten nach sich.

186) Diestbezüge sind nach der DVO. zu § 38 DBG. „Geldbezüge, auf deren Gewährung der Beamte einen Rechtsanspruch hat".

liegt der Gedanke der Rechtssicherheit zu Grunde, den der Bay. VGH. in seiner Entscheidung in Bd. 51 S. 50 als „das erste Erfordernis der öffentlichen Ordnung" hervorhebt. Trotzdem der Ernannte niemals Beamter war, obliegt ihm dennoch die Pflicht der Amtsverschwiegenheit und der Herausgabe nach § 8 Abs. 4 DBG., ferner ist er gegebenenfalls aus seiner Tätigkeit als Beamter strafrechtlich und im Sinne der Amtshaftung verantwortlich. Dienststrafrechtlich kann er jedoch weder belangt werden noch sind bereits verhängte Dienststrafen jemals wirksam geworden. Schließlich ist zu erwähnen, daß eine Nachentrichtung von Beiträgen gemäß § 1242a RVO., § 18 AngVG. und § 29 RKnapG. auf Grund § 141 Abs. 2 DBG. unterbleibt. Für die sonstige Beurteilung der nichtigen Ernennung ist davon auszugehen, daß nach herrschender Auffassung in Wissenschaft und Rechtsprechung vielfach die Umdeutung des nichtigen Beamtenverhältnisses in einen Dienstvertrag[187]) gerechtfertigt ist. „In Wirklichkeit wird in der Rechtsprechung", wie Friedrichs hervorhebt, „jede mißglückte Beamtenanstellung als wirksamer Privatdienstvertrag mit gegenseitigem Anspruch auf Erfüllung behandelt"[188]).

b) Der vernichtbare Ernennungsakt.

In 32 Abs. 2 und 3 DBG. führt der Gesetzgeber die weiteren von ihm ausdrücklich geregelten Mängel auf, deren Vorliegen die Rechtswirksamkeit des Ernennungsaktes berühren. Die Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit kann in diesen Fällen nur durch förmliche „Nichtigkeitserklärung" erfolgen. Dabei müssen die gesetzlichen Tatbestände in zwei Untergruppen eingeteilt werden. Nach § 32 Abs. 2 DBG. besteht für die zuständige Stelle die Rechtspflicht, die Nichtigkeit durch Erklärung herbeizuführen, nach § 32 Abs. 3 DBG. hingegen liegt diese Nichtigkeitserklärung in derem pflichtmäßigen Ermessen. Eine Rechtspflicht, die Ernennung für nichtig zu erklären, ist zunächst gegeben, wenn der Ernennungsakt unter dem Einfluß von Zwang, arglistiger Täuschung oder Bestechung herbeige-

187) Dieser Dienstvertrag ist privatrechtlicher Natur. Vgl. in diesem Zusammenhang die Ausführungen von Lohmann in ZAkfDR. 1937 S. 184 gegen die Auffassung des RG in seiner Entscheidung vom 20. 10. 1936, III 1936/36 (a. a. O.).

188) Friedrichs in DJZ. 1928 Sp. 87 f.

führt wurde, wobei es gleichgültig ist, ob der Zwang, die arglistige Täuschung oder die Bestechung gegenüber der Ernennungsbehörde selbst oder der auf Grund des Gesetzes beim Ernennungsvorgang wesentlich mitwirkenden Stelle vorliegt. Ferner verpflichtet der Umstand zur Abgabe einer Nichtigkeitserklärung, daß der Ernennungsbehörde bei Begründung des Beamtenverhältnisses nicht bekannt war, daß der Ernannte ein Verbrechen oder ein solches vorsätzliches Vergehen begangen hatte, welches ihn der Berufung in das Beamtenverhältnis unwürdig erscheinen läßt und er deshalb rechtskräftig zu einer Strafe verurteilt war oder wird. Endlich ist dann die Nichtigkeit zu erklären, wenn der Ernennungsbehörde unbekannt blieb, daß der Ernannte zur Zeit seiner Ernennung aus der NSDAP. ausgeschlossen oder ausgestoßen war. Ihrer weniger schwerwiegenden Natur entsprechend legt das Gesetz die Nichtigkeitserklärung hingegen in den Fällen in das pflichtmäßige Ermessen der zuständigen Behörde, in welchen die Ernennung durch eine sachlich unzuständige Stelle vorgenommen wurde, beim Ernannten die Voraussetzungen der über ihn nach der Begründung des Beamtenverhältnisses ausgesprochenen Entmündigung schon im Zeitpunkt seiner Ernennung vorlagen oder endlich bei Ernennung nicht bekannt war, daß der Ernannte auf Grund der §§ 2, 2a, 4 des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums entlassen oder im Wege eines Dienststrafverfahrens aus dem Dienst entfernt oder zum Ruhegehaltsverlust verurteilt worden war. Die Gründe, die über eine Nichtigkeitserklärung zur Nichtigkeit des Ernennungsaktes führen, ergeben sich offensichtlich aus der Natur des Beamtenverhältnisses.

Die Nichtigkeit des Ernennungsaktes ist nicht allein schon auf Grund eines in § 32 Abs. 2 und 3 DBG. aufgeführten Tatbestands gegeben. Trotz seines Rechtsmangels hat der Ernennungsakt vielmehr zunächst dieselben Rechtswirkungen, wie ein Ernennungsakt ohne irgend einen Mangel. Die Nichtigkeit wird erst durch die Nichtigkeitserklärung ausgelöst[189]). Diese stellt einen empfangsbedürftigen Verwaltungsakt dar, gegen den das Gesetz Rechtsbe-

189) Dies bestätigt das Gesetz selbst z. B. durch den Wortlaut in § 141 Abs. 2 DBG., wo es heißt, „das Beamtenverhältnis endet" infolge Nichtigkeit der Ernennung.

helfe ausdrücklich für unzulässig erklärt und der nach § 146 i.V. m. § 33 Abs. 2 S. 4 DBG., im Gegensatz zum Verbot nach §§ 33 Abs. 1 DBG., durch das die nichtige Ernennung geltend gemacht wird, gerichtlich nicht nachprüfbar ist. Sie kommt einer Anfechtungserklärung gleich[190]).

Nach herrschender Lehre löst die Anfechtung im öffentlichen Recht regelmäßig nur Rechtswirkungen ex nunc aus. Doch kann sich aus dem Gesetz im einzelnen Abweichendes ergeben. Eine solche besondere Regelung der Frage, wann die Rechtswirkungen einer Anfechtung eintreten, folgt für den Beamtenernennungsakt aus § 34 DBG. Danach sind bei nichtig erklärter Ernennung die bis zur Zustellung der nach § 33 Abs. 2 DBG. erforderlichen Entscheidung über die Nichtigkeit vorgenommenen Amtshandlungen des Ernannten in gleicher Weise gültig, „wie wenn sie ein Beamter ausgeführt hätte". Damit kommt zum Ausdruck, daß das Gesetz den Ernannten so ansieht, als wäre er nie Beamter geworden und das Beamtenverhältnis so, als wäre es niemals entstanden, d. h. die Rechtswirkungen der Nichtigkeitserklärung treten ex tunc ein[191]).

Die in der Zeit des rückwirkend entfallenden Beamtenverhältnisses vorgenommenen bei ihrer Vornahme rechtsgültigen echten Amtshandlungen „gelten" vom Zeitpunkt der wirksamen Nichtigkeitserklärung an kraft Gesetzes weiterhin als Amtshandlungen[192]) (§ 34 DBG.). Mit der rückwirkenden Beseitigung des Beamtenverhältnisses wird, wie den Amtshandlungen, so auch den bereits ausbezahlten Dienstbezügen die eigentliche rechtliche Grundlage entzogen.

---

190) So Laforet a. a. O. S. 113. Die Nichtigkeitserklärung wird mitunter auch als „Widerruf" (Laforet a. a. O. S. 249) oder „rückwirkender Widerruf" (Maunz a. a. O. S. 191) bezeichnet; schließlich trifft auch der Ausdruck „aufheben" die Rechtsnatur der Anfechtungserklärung. Nicht darf diese aber gleichgesetzt werden mit „Zurücknahme" im strengen Sinne des Wortes. Eine Zurücknahme würde, wie die Amtl. Begr. zum DGB. (Bes. Teil zu §§ 32 ff.) ausführt, die Beseitigung des Ernennungsaktes unter voller und vorbehaltloser Anerkennung seiner bisherigen Geltung bedeuten, was im Rahmen des § 32 DBG. nicht angebracht gewesen wäre.

191) Vgl. Amtl. Begr., Bes. Teil zu §§ 32 ff. und herrschende Lehre. Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 667.

192) Während Art. 80 des Entwurfs e. Württ. Verwaltungsrechtsordnung diesen nunmehr in § 34 DBG. niedergelegten Grundsatz dann nicht gelten lassen wollte, „wenn dem Dritten der Grund der Nichtigkeit bekannt gewesen ist", so unterscheidet, wie Laforet a. a. O. S. 83 ausdrücklich feststellt, das DBG. für die Gültigkeit der Amtshandlungen nicht „zwischen dem gutgläubigen Dritten und einem Dritten, der den schweren Mangel kennt".

Werden die Dienstbezüge belassen, was das Gesetz dem pflichtmäßigen Ermessen der zuständigen Behörde anheimgibt[193]), dann muß und kann im Rahmen des § 34 DBG. angenommen werden, daß sie nach erfolgter Nichtigkeitserklärung ebenfalls kraft Gesetzes für die Zukunft als öffentlich-rechtliche Dienstbezüge „gelten"[194]). Im übrigen kann in Ansehung der Rechtslage, die die Nichtigkeitserklärung auslöst, auf die im Zusammenhang mit der nichtigen Ernennung gemachten Ausführungen verwiesen werden.

Die Nichtigkeitserklärung, die ihrer einschneidenden Bedeutung wegen nur von dem für den Beamten verwaltungsmäßig zuständigen Reichsminister vollzogen werden kann, ist an eine Ausschlußfrist von sechs Monaten gebunden, welche in dem Zeitpunkt der Kenntnis der obersten Dienstbehörde von den Rechtsmängeln beginnt. Verstößt der Reichsminister schuldhaft durch ungenützten Ablauf der Ausschlußfrist nach § 32 Abs. 2 DBG. gegen seine Rechtspflicht oder nach § 32 Abs. 3 DBG. gegen die Grundsätze pflichtgemäßen Ermessens, so macht er sich verantwortlich. Nach Ablauf der Frist ist es nicht mehr möglich, aus demselben Grunde, der die Frist in Lauf brachte, den Ernennungsakt für nichtig zu erklären. Der ungenützte Ablauf der Ausschlußfrist hat den Verlust des Rechts zur Abgabe der Nichtigkeitserklärung im Gefolge. Gleichzeitig tritt die Heilung des fehlerhaften Ernennungsaktes ein. In dem Unterlassen der Nichtigkeitserklärung liegt eine rückwirkende stillschweigende Bestätigung des fehlerhaften Ernennungsaktes durch die zuständige oberste Dienstbehörde. Die gesetzliche Ermächtigung dazu im Sinne des § 24 DBG. wird mit Laforet[195]) in § 33 Abs. 2 DBG. zu erblicken

193) Trotz den Ausführungen der Amtl. Begr. a. a. O. sprechen für Laforet (a. a. O. S. 244 Anm. 2) berechtigte Gründe, der daraus, daß der Gesetzgeber es der zuständigen Behörde überläßt, nach pflichtmäßigem Ermessen darüber zu befinden, ob der Beamte bei Nichtigkeitserklärung die bereits ausbezahlten Dienstbezüge behalten soll, den Schluß zieht, daß es damit in deren pflichtmäßigen Ermessen gelegen sein soll, der Nichtigkeitserklärung Rückwirkung beizulegen oder die Rechtswirkungen ex nunc wirken zu lassen. Die herrschende Lehre kennt indessen im strengen Sinne der Amtl. Begr. a. a. O. nur den rückwirkenden Eintritt der Rechtswirkungen der Nichtigkeitserklärung. Eine entscheidende Bedeutung gewinnt diese Streitfrage vor allem in dienststrafrechtlicher Beziehung.

194) Wirklichkeitsfremd, wenn nicht abwegig, wäre hingegen die Annahme, daß die zunächst echten Dienstbezüge durch die nachträglich mit Rückwirkung erfolgende Beseitigung des Beamtenverhältnisses aus öffentlich-rechtlichen zu Leistungen privatrechtlicher Natur würden.

195) Laforet a. a. O. S. 244 Anm. 5.

sein. Eine Möglichkeit für den Beamten, die Nichtigkeitserklärung seiner auf Grund § 32 Abs. 2 und 3 DBG. fehlerhaften Ernennung zu erzwingen, besteht nicht. Der Beamte kann lediglich von den allgemeinen Rechtsbehelfen der Gegenvorstellung oder der Anrufung der Überordnungsgewalt Gebrauch machen. Von einer eigentlichen Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit des Ernennungsaktes durch den Beamten kann somit hier im Gegensatz zu den Fällen der nichtigen Ernennung nicht gesprochen werden.

c) Die mangelnde oder fehlerhafte Einwilligung des Ernannten als Grund der Fehlerhaftigkeit des Ernennungsaktes.

Wie der Gesetzgeber das Erfordernis der Einwilligung des Beamten in seine Ernennung nicht ausdrücklich regelte, so traf er auch keine besonderen Bestimmungen über die rechtlichen Folgen des Fehlens oder der Mangelhaftigkeit des Willens des Ernannten. Daraus, daß das Beamtenverhältnis als Vertrauensbeweis der Staatsführung und als Treueverhältnis schon begrifflich die Einwilligung dessen voraussetzt, dem das Vertrauen ausgesprochen werden und der die Treue halten soll, folgt gleichzeitig, daß das Fehlen oder die Mangelhaftigkeit der Einwilligung des Beamten für den Ernennungsakt nicht schlechthin bedeutungslos sein kann. Ja, gerade dann, wenn das Einverständnis des Beamten fehlt oder rechtlich mangelhaft ist, wird erst seine rechtliche Bedeutung als „wesentliche" Voraussetzung für den wirksamen Erlaß des Ernennungsaktes offenkundig. Sie liegt darin, daß bei Fehlen der Einwilligung des zu Ernennenden das Beamtenverhältnis überhaupt nicht zur Entstehung gelangt und daß bei ihrer Mangelhaftigkeit je nach der Schwere des Mangels zu unterscheiden ist, ob die Einwilligung im vorhinein nichtig oder nur anfechtbar[196]) und insofern der Ernennungsakt von Anbeginn nichtig ist oder das Beamtenverhältnis erst auf Grund der im Wege der Anfechtung wegfallenden Einwilligung des Beamten nachträglich entfällt[197]).

Die Auffassungen über die rechtliche Bedeutung des Fehlens oder der Mangelhaftigkeit der Einwilligung des Beamten gehen sowohl

196) Daß der Antrag des Beamten trotz seiner öffentlich-rechtlichen Natur durch den Beamten anfechtbar ist, ist auch nach dem Reichsgericht in Bd. 134 S. 171 „unbedenklich zu bejahen".

197) Vgl. Brand a. a. O. S. 329.

vor wie nach den DBG. auseinander. Der Grund dafür liegt in der geteilten Ansicht über die rechtliche Bedeutung der Einwilligung für den Ernennungsakt. Für die von Laband herausgebildete Vertragstheorie ergab sich die Rechtslage bei mangelnder oder fehlerhafter Willensbeteiligung des Beamten aus dem Wesen des Vertrags. O. Mayer und seine Anhänger nahmen bei Fehlen der Einwilligung des Beamten nicht etwa Nichtigkeit an, sondern hielten den Ernennungsakt lediglich für vernichtbar[198]). Dieses Ergebnis war schließlich für W. Jellinek ein wesentlicher Anlaß zur Begründung seiner Lehre vom zweiseitigen Verwaltungsakt. Nach ihm und seinen Anhängern führte das Fehlen des Willens des Beamten zur Nichtigkeit des Ernennungsaktes[199]). Im Sinne der Vertragstheorie und der Lehren O. Mayers und W. Jellineks war auch die Rechtsprechung uneinheitlich. Fleiner[200]) wies darauf hin, daß die Lehre W. Jellineks nicht nötig sei, um bei Fehlen der Einwilligung des Beamten zur Nichtigkeit des Erkennungsaktes zu kommen, sondern dies sei bei sinngemäßem Ausbau der Lehre vom antrags- oder zustimmungsbedingten Verwaltungsakt auch ohne Zerreißung des einheitlichen Verwaltungsaktes möglich. Der Antrag des Beamten sei eine jener „unerläßlichen Voraussetzungen", die eine Verfügung mangels eines „wesentlichen juristischen Elements" nichtig machen. Schack[201]) ging für die Wertung des Mangels im Willen des Ernannten vom Gesichtspunkt der Schutzwürdigkeit aus und sagte, daß entscheidend die Frage sei, ob auf einer Seite ein schutzwürdiges Interesse an der Aufrechterhaltung eines im Hinblick auf den Willen des Beamtenbewerbers fehlerhaften Ernennungsaktes vorhanden sei. Er stellte dann fest, daß im allgemeinen bei der ohne Mitwirkung des Betroffenen erfolgten Ernennung auf keiner Seite ein schutzwürdiges Interesse an der Aufrechterhaltung derselben vorhanden, diese also in der Regel ohne weiteres nichtig sei. Heute steht die herrschende

198) O. Mayer a. a. O. S. 98 und 222, ferner in AdöR. 3 S. 47 Anm. 66; Korman a. a. O. S. 208 ff. und 27; v. Hippel a. a. O. S. 191 f.; Brand, Das Beamtenrecht, S. 63; vgl. auch Anschütz in JW. 197 S. 427 und Meyer-Anschütz a. a. O. S. 585.

199) Jellinek in Festgabe a. a. O. S. 97; vgl. ferner Weyel in Gruchot n. F. 5 S. 38 ff. und Drews in JW. 1927 S. 751.

200) Fleiner a. a. O. S. 194.

201) Schack ZBR. 3 S. 255.

Meinung[202]) auf dem Standpunkt, daß ohne Antrag oder Zustimmung des Ernannten kein Beamtenverhältnis zustandekommen kann. Der herrschenden Lehre gegenüber vertritt, soweit übersehen werden kann, allein Nadler-Wittland-Ruppert[203]) die Ansicht, daß das völlige Fehlen des Einverständnisses oder ein auf Seiten des Ernannten vorliegender Willensmangel die Rechtswirksamkeit der Ernennung überhaupt nicht berühre[204]). Diese Auffassung verkennt offenbar die dargestellte Bedeutung der rechtlich einwandfreien Einwilligung des Beamten in seine Ernennung. Wenn über das Fehlen der Einwilligung des zu Ernennenden hinaus die Frage der Mangelhaftigkeit eines Antrags oder einer Zustimmung und ihrer Wirkungen auf den Ernennungsakt auch im neueren Schrifttum wenig Beachtung findet, so hängt dies im besonderen für das geltende Recht mit der Bestimmung des § 60 DBG. zusammen.

Die Fälle, in denen die Einwilligung des Ernannten zur Begründung des Beamtenverhältnisses gänzlich fehlt und sich auch nicht aus den Umständen ergibt, werden äußerst selten sein. Was die Gründe betrifft, die zur Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Willenserklärung des Ernannten führen, so können diese nur in Anlehnung an §32 DBG. richtig ermittelt werden. Nichtig ist das Einverständnis des Ernannten jedenfalls bei Geschäftsunfähigkeit, wobei allerdings bei gleichzeitigem Vorliegen der Tatbestände des § 32 Abs. 1 und 3 Ziff. 2 DBG. diese vorgehen. Anfechtbar ist die ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung des Beamten

202) Laforet a. a. O. S. 233 Anm. 1; Köttgen a. a. O. S. 124 Anm. 7 und in Beamtenrecht a. a. O. S. 45; Fischbach a. a. O. S. 42; Brand a. a. O. S. 329; Heyland in NSBZ. 1937 S. 107; Fleiner a. a. S. 204 Anm. 72; Laforet-v. Jan-Schattenfroh a. a. O. Anm. 1 zu Art. 91; Bay. Komp. KGH. im GVBl. 1938 Beilage I S. 3.

203) Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 600; vgl. aber auch Mumm in BJB. 1937 S. 210.

204) Die Unhaltbarkeit dieses Standpunktes wird besonders dann offenkundig, wenn die Einwilligung des Volksgenossen zu seiner Ernennung fehlt. Der „Ernannte" würde trotzdem zunächst Beamter geworden sein. Er wäre, wenn seinem Entlassungsantrag noch dazu die DVO. zu § 60 DBG. entgegenstehen würde, allein auf die Rechtsbehelfe der Gegenvorstellung und Anrufung der Übergeordnungsgewalt angewiesen. Würde er damit nicht gehört werden, so müßte er zwangsweise in einem Dienst- und Treueverhältnis zu Führer und Reich verbleiben, und sein Beamtenverhältnis könnte nur im Wege über ein Dienststrafverfahren durch dienststrafgerichtliche Entfernung aus dem Dienst seine Ende nehmen.

dann, wenn sie durch Zwang, Drohung oder arglistige Täuschung[205]) herbeigeführt wurde[206]). Nicht beachtenswert ist dagegen ein Irrtum des Beamten. In diesem Falle ist dem Beamten zuzumuten, seine eigenen Belange gegenüber jenen des Staates an der Aufrechterhaltung des Erkennungsaktes zurückzustellen[207]) und sich somit auf das Recht aus § 60 DBG. zu beschränken[208]). Der Ausschluß des Irrtums des Beamten als Anfechtungsgrund ergibt sich im übrigen durch Auslegung aus § 32 DBG. Außerdem läßt § 32 DBG. erkennen, daß weitere als die wenigen aufgeführten Gründe den Ernennungsakt aus dem Gesichtspunkt der Willensbeteiligung des Beamten heraus nicht fehlerhaft zu machen vermögen.

Bei Fehlen der Einwilligung des Ernannten zu seiner Ernennung ist kein Beamtenverhältnis entstanden und in der Regel werden auch noch keine „beamtenrechtlichen" Folgen eingetreten sein, denn in dem Augenblick in dem sein Verhalten nach Treu und Glauben den Schluß zuläßt, daß er mit seiner Ernennung einverstanden ist, ist er Beamter geworden. Für die Rechtsfolgen der Nichtigkeit der Einwilligung des Beamten muß § 34 DBG. entsprechend Anwendung finden. Eine andere Beurteilung verlangen indessen die Rechtswirkungen der Anfechtung. Bei Nichtigkeit auf Grund Anfechtung durch den Beamten liegt die Ursache für die Beseitigung des Ernennungsaktes auf Seiten der Behörde. Von ihr ging der Zwang, die Drohung oder arglistige Täuschung aus. Es kann dem Einzelnen deshalb nicht zugemutet werden, sich in Ansehung gerade der finanziellen Wirkungen des Beamtenverhältnisses bis zur Anfechtungserklärung etwa nach Maßgabe des § 34 DBG. dem Ermessen der Ernennungsbehörde auszuliefern. Im übrigen dürfte der anfechtende Beamte nicht schlechter gestellt werden, als bei Ausübung seines Rechtsanspruchs nach § 60 DBG. Es ist ein Gebot der Rechts-

205) Brand a. a. O. S. 329; vgl. in diesem Zusammenhang auch die bedeutsame Entscheidung des RGZ 134, 163.

206) Das Anfechtungsrecht kann erst nach Erlaß des Ernennungsaktes ausgeübt werden. Das ergibt sich daraus, daß dem regelmäßig gestellten Antrag bis zum Wirksamwerden der Ernennung die eigene rechtliche Bindung ermangelt. So Jaschkowitz in AdöR. 56 S. 365.

207) Brand a. a. O. S. 329; a. M. Jaschkowitz in AdöR 56 S. 342; vgl. auch RG. in JW. 1930 S. 1188.

208) In den Fällen der DVO. zu § 60 DBG. wird es im pflichtmäßigen Ermessen der zuständigen Behörde liegen, den Entlassungsantrag eines Beamten, der auf Grund seines Irrtums Beamter geworden ist, stattzugeben.

sicherheit und Gerechtigkeit, in den Anfechtungsfällen die Wirkungen der Nichtigkeit uneingeschränkt ex nunc beginnen zu lassen und den Beamten somit für die Zeit bis zur Anfechtungserklärung in der Rechtsstellung eines Beamten zu belassen. In sonstiger Beziehung kann für die Rechtslage auf Grund anfänglicher Nichtigkeit und der Nichtigkeit infolge Anfechtung im wesentlichen auf die Ausführungen unter a) und b) Bezug genommen werden.

Was die Frist anlangt, innerhalb welcher der Beamte von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch machen muß, so ergibt sich diese aus dem Grundsatz von Treu und Glauben[209]). Nach Fristablauf tritt Verwirkung des Anfechtungsrechts ein[210]).

Wenn auch die Fälle, in denen eine fehlerhafte Einwilligung des Beamten vorliegt, selten sein werden und dann bei Anfechtbarkeit in der Regel wohl auf das Recht des § 60 DBG. zurückgegriffen werden wird, so entheben diese Tatsachen dennoch nicht der Aufgabe, auf den dargestellten Fragenkreis einzugehen.

§ 9

Die inhaltliche Ausgestaltung des durch den Ernennungsakt begründeten Beamtenverhältnisses.

Der Ernennungsakt, der den Anforderungen der Rechtsordnung genügt, begründet zunächst lediglich das im einzelnen inhaltlich[211]) nicht näher festgelegte Dienst- und Treueverhältnis. Das Beamtenverhältnis bedarf deshalb noch besonderer inhaltlicher Ausgestaltung[212]), um den von Dienstherrn und Beamten angestrebten Zweck zu erfüllen. Teilweise erfolgt diese durch das Gesetz selbst, und zwar dadurch, daß neben allgemeinen weitere besondere Bestimmungen mit Wirksamkeit des Ernennungsaktes kraft Gesetzes[213]) zum Inhalt jedes Beamtenverhältnisses werden. Darüber hinaus ist

209) Vgl. RG in ZBR. 5 S. 127 Nr. 4; ferner Laforet a. a. O. S. 271 Anm. 5.

210) Vgl. Schack in ZBR. 3 S. 247 ff.; Neuhäuser a. a. O. S. 96 ff., Fischbach a. a. O. S 344, PrOVG 92, 245; RG in JDR 1934 S. 33 und in ZBR. 33 S. 12 aber auch in Sievers a. a. O. S. 407 ff.

211) Inhalt des Beamtenverhältnisses ist die Gesamtheit der rechtlichen Beziehungen zwischen Dienstherrn einerseits und Beamten anderseits.

212) Vgl. Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 590.

213) Neben dem DBG. kommen dabei auch die Sondergesetze in Frage wie z. B. DGO., GVG. u. a. m.

die inhaltliche Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses im Rahmen der Gesetze den Dienstherrn überlassen, hingegen dem Beamten ein nur sehr beschränkter Einfluß darauf eingeräumt. Die zur inhaltlichen Gestaltung des Beamtenverhältnisses erforderlichen rechtlichen Maßnahmen vermögen die Rechtsnatur des Ernennungsaktes nicht zu berühren.

Abgesehen von den im Gesetz schlechthin umrissenen allgemeinen Pflichten und Rechten, die die Grundlage des Beamtenverhältnisses bilden, werden gleichzeitig mit dem Ernennungsakt vor allem die Pflichten in den §§ 5 ff. DBG. und die Androhung der Folgen ihrer Nichterfüllung kraft Gesetzes Inhalt des Beamtenverhältnisses. Ferner ist mangels anderweitiger Regelung jedes Beamtenverhältnis kraft Gesetzes auf Widerruf begründet. An Rechten wird endlich die in ausführlichen Vorschriften festgesetzte Unfallfürsorge (§§ 107 ff. DBG.) kraft Gesetzes zum Inhalt des Beamtenverhältnisses.

Die Gestaltungsmöglichkeit durch den Dienstherrn ist erheblich beschränkt. Ihre Grenzen ergeben sich entweder ausdrücklich aus dem Gesetz oder allein aus der Natur des Beamtenverhältnisses.

Die entscheidendste Maßnahme zur Ausgestaltung des Inhalts des Beamtenverhältnisses ist die Übertragung eines Amts[214])[215]). Sie ist auf Seiten des Dienstherrn der eigentliche „Beweggrund" zur Begründung des Beamtenverhältnisses[216]). Die Übertragung des Amts stellt einen dem Ernennungsakt gegenüber selbständigen Verwaltungsakt dar[217]). Gegenstand der Amtsübertragung ist entweder eine Planstelle oder eine sonstige Amtsstelle. Die Einweisung in eine Amtsstelle schlechthin ist, abgesehen von den Beamten im

214) Gemeint ist hier die erste Übertragung eines Amts im Gegensatz zur Übertragung eines „neuen Amts", wofür sich in der 2. DVO. zu § 2 DBG. (Ziff. 1—3) eine besondere gesetzliche Regelung findet.

215) Gewöhnlich erhält der Beamte gleichzeitig mit ihr seinen Amtsnamen (Amtsbezeichnung). Eine grundsätzliche Ausnahme davon bildet nur der Beamte ohne Amt (z. B. Referendar), dessen Beamtenname (Regierungs-, Gerichtsreferendar usw.) unabhängig von einem Amt erteilt wird.

216) Vgl. Anschütz-Thoma a. a. O. S. 34.

217) Herrschende Lehre. Vgl. RGZ. bereits in Bd. 71, 239. In den in Ziff. 5 der 2. DVO. zu § 2 DBG. bezeichneten Fällen bedarf dieser Verwaltungsakt des Einvernehmens der unmittelbaren Dienstherrn oder der jeweiligen Reichsminister.

Vorbereitungsdienst, bei Begründung eines jeden (Berufs-)Beamtenverhältnisses erforderlich, da nach § 148 DBG. ohne Vorhandensein einer besetzbaren Amtsstelle kein Beamter ernannt werden darf. Daß die dem Beamten auf Lebenszeit oder auf Zeit zu übertragende Amtsstelle außerdem eine Planstelle sein muß, liegt im besonderen in den §§ 28 Abs. 2 Ziff. 3 und 29 Abs. 1 S. 2 DBG. begründet[218]). Für die Einweisung in eine Planstelle ist als Form Schriftlichkeit vorgeschrieben. Demgegenüber fehlt für die Übertragung von Amtsstellen, die keine Planstellen sind, eine besondere Formvorschrift. In diesen letzteren Fällen findet regelmäßig auch keine „ausdrückliche" Einweisung statt. Grundsätzlich wird von einer Einweisung ganz abgesehen bei nur vorübergehender Beauftragung mit der Wahrnehmung der Aufgaben einer Amts- und insbesondere einer Planstelle. In engstem Zusammenhang hiermit steht der „Dienstleistungsauftrag", d. h. die Beauftragung in der Regel eines Beamten im Vorbereitungs- oder Probedienst mit den Geschäften einer Amtsstelle[219]). Ohne mit Höhn, Maunz, Fischbach und König[220]) dem Beamten subjektiv-öffentliche Rechte überhaupt und gegen die Ansicht von Koellreutter, Tatarin-Tarnheyden, von Köhler, Köttgen, Brand, Heyland[221]) u. a. m. absprechen zu wollen, kann es dennoch im nationalsozialistischen Beamtenrecht kein Recht

---

218) Wird dem Beamten eine Planstelle übertragen, dann spricht man von einem planmäßigen Beamten. Die Beamten auf Lebenszeit und auf Zeit müssen stets planmäßige Beamte sein (§§ 28, 29 DBG.). Nicht aber müssen umgehrt planmäßige Beamte immer Beamte auf Lebenszeit oder auf Zeit sein. Es können auch Widerrufsbeamte auf Grund Einweisung Planstellen innehaben (vgl. die Durchführungsbestimmungen zum WFVG. vom 29. 9. 1938 — RGBl. I S. 1293 — zu § 39 Abs. 1). Alle Beamte, die nicht Inhaber einer Planstelle sind, werden als nichtplanmäßige Beamte bezeichnet. Unter ihnen sind wieder die außerplanmäßigen Beamten besonders zu unterscheiden. Sie sind nichtplanmäßige Beamte, die nach der Erlangung der Befähigung für eine Planstelle zu der Verwaltung in ein engeres Verhältnis treten und Diäten beziehen. Von den übrigen nichtplanmäßigen Beamten sind etwa zu nennen die Referendare, Militäranwärter im Ausbildungs- oder Vorbereitungsdienst (§ 39 Abs. 1 WFVG.), die Beamten im Probedienst usw. Im weiteren ist auf die Reichsgrundsätze über Einstellung, Anstellung und Beförderung der Reichs- und Landesbeamten vom 14. Oktober 1936 zu verweisen.

219) Ein Gerichtsreferendar wird als „Gerichtsreferendar, beauftragt mit den Geschäften des „Amtsanwalts" verwendet. Siehe Nr. 3 5 der AV. des RJMin. über die Rechtsverhältnisse der nichtplanmäßigen Beamten vom 7. Juli 1937 in Dt. Just. S. 1055.

220) Siehe Heyland in ZBR. 7 S. 53 ff.

221) Siehe Heyland a. a. O.

auf das Amt oder am Amt geben[222]), wohl aber besteht für den Beamten grundsätzlich eine Pflicht, innerhalb des Beamtenverhältnisses ein seiner Laufbahn entsprechendes Amt zu übernehmen[223]).

Mit dem Amt eng verknüpft sind die Dienstbezüge des Beamten. Die Rechtsprechung wie auch das Schrifttum beachteten bisher kaum die Frage, welche rechtlichen Umstände für das Entstehen des beamtenrechtlichen Anspruchs auf Dienstbezüge rechtsbegründend sind. Erst in seiner Entscheidung vom 8. Dezember 1936, wiedergegeben in der JW. 1937 S. 937 Nr. 12, die von grundsätzlicher Bedeutung ist, weist das Reichsgericht darauf hin, daß Dienstbezüge entweder unmittelbar durch Gesetz oder durch Verwaltungsakt verliehen werden können. Dienstbezüge, die das Gesetz unmittelbar[224]) verleiht, kennt indessen das geltende Recht im allgemeinen nicht[225]). Dem steht neben den Besoldungsgesetzen und -vorschrif-

222) Die bisherige Lehre verstand unter „Recht auf das Amt" ein Recht auf Übertragung eines Amtes und unter „Recht am Amt" ein Recht auf Belassung im Amt. Schon bisher wurde ein Recht auf das Amt in Wissenschaft und Rechtsprechung allgemein verneint (vgl. Triepel AdöR. 40 S. 367 Anm. 21; Jaschkowitz a. a. O. S. 338; Klüber VArch. 31, 220; Meyer-Anschütz a. a. O. S. 614; u. a. m.); siehe in diesem Zusammenhang das verfehlte neuere Urteil des ehemaligen bay. Obersten LG vom 25. 15. 1933 in DJZ. 1934 Sp. 151 f. Wenn sich die herrschende Lehre vor der nationalsozialistischen Beamtengesetzgebung auch gegen ein Recht am Amt aussprach, so setzten sich dennoch namhafte Vertreter für ein solches ein. Abgesehen von der Entziehung des Amts unter den gesetzlichen Voraussetzungen und dem Fall, daß das „Staatsinteresse" die Verhinderung des Beamten an der Ausübung des Amts „offensichtlich erfordert", anerkannte Anschütz-Thoma a. a. O. S. 47 „grundsätzlich ein subj. Recht des Beamten am Amt und an der Amtsführung"; ähnlich Triebel in AdöR. 40 S. 367 ff. Auch O. Mayer bezeichnet in AdöR. 3 S. 83 ff. eine Anordnung, die ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung die Amtsführung entzieht, als „rechtswidrig". Während das Reichsgericht in Bd. 92 S. 431 noch ein Recht am Amt grundsätzlich ablehnte, sprach es dem Beamten in Bd. 104 S. 58 ff. und Bd. 107 S. 1 ff. ein solches „unverletzliches wohlerworbenes Recht" zu, um seine Ansicht in Bd. 146 S. 369 ff. erneut zu ändern. Maunz (a. a. O. S. 284) stellt fest, daß schon bisher „von der Rechtsprechung überwiegend angenommen" wurde, „daß es ein subjektives Recht auf Anstellung in einem bestimmten Amt ebensowenig geben könne, wie auf Belassung in diesem Amt" und fährt dann mit Recht fort: „dieser Satz muß heute unangefochtener als je gelten". Er findet nunmehr in § 6 DBG. seinen gesetzlichen Niederschlag. Noch in ZAkfDR. 1934 S. 95 hob Brand ein Recht am Amt hervor, um aber kurz darauf seinen unhaltbaren Standpunkt in ZAkfDR. 1934 S. 340 endgültig zu verlassen.

223) Vgl. Finger a. a. O. S. 74.

224) Etwa unter Anknüpfung an die Tatsache der Ernennung oder der Übertragung eines Amts.

225) Die bay. Beamtenrechtslehre allerdings ging bisher davon aus, daß auf Grund des weiterhin in Kraft befindlichen Art. 1 des BayBesG. vom 20. 4. 1928 — GVBl. S. 205 ff. —, der an Art. 2 des BayBG. vom 15. 8. 1908 — GVBl. S. 581 ff.

ten, deren grundsätzliche Bedeutung darin liegt, daß sie nach einheitlichen Richtsätzen die Grundlage für die Bemessung der Dienstbezüge geben, die Höhe der Anfangs- und Grundgehälter festsetzen und die Änderungen der Bezüge bei fortschreitender Dienstzeit regeln, auch § 38 DBG. und die DVO. zu § 38 DBG., welche einen auf anderem Wege bereits entstandenen Rechtsanspruch voraussetzen, nicht entgegen. In der Regel ist somit ein Verwaltungsakt die Voraussetzung für die Entstehung eines Anspruchs auf Dienstbezüge. Fischbach[226]) geht an der eigentlichen Frage vorbei, wenn er allgemein sagt, daß „die Verleihung eines Anspruchs auf Dienstbezüge" „durch Einweisung in ein bestimmtes Amt und nicht etwa durch besonderen Verwaltungsakt" erfolge. Aber nicht nur ihn, sondern beinahe die gesamte Rechtslehre und Rechtsprechung trifft, soweit sie sich überhaupt mit dieser Frage befassen, der Vorwurf rechtlicher Unklarheit. Fischbach gegenüber ist mit Wittland[227]) festzustellen, daß es dann, wenn dem Inhaber eines etwa in der Besoldungsordnung aufgeführten Amtes die in diesen besoldungsrechtlichen Vorschriften für dieses Amt vorgesehenen Dienstbezüge bewilligt werden sollen, nur keiner „ausdrücklichen" Einweisung in die betreffende Besoldungsgruppe bedarf, weil in diesen Fällen der den Anspruch auf Dienstbezüge begründende Verwaltungsakt „ohne weiteres schon in der Übertragung des Amtes enthalten" ist, mit dieser tatsächlich, wenn auch nicht rechtlich, zusammenfällt. Die ausdrückliche Einweisung in eine bestimmte Besoldung ist vor allem aber dann erforderlich, „wenn Ämter gleicher Art und Bezeichnung in verschiedene Besoldungsgruppen eingestuft sind und die unterscheidenden Merkmale sich aus dem Besoldungsgesetz nicht von selbst ergeben"[228]). Gerade in dieser Feststellung kommt die Tatsache zum Ausdruck, daß die Begründung des Anspruchs auf Dienstbezüge und die Verleihung des Amts rechtlich voneinander zu tren-

—, also an die Ernennung anknüpft, die Ernennung ohne weiteres den Besoldungsanspruch des Beamten begründet. — Was die Frage des Verlusts der Dienst bezüge des Beamten anlangt, so kann diesen jedenfalls nur die Beendigung des Beamtenverhältnisses herbeiführen.

226) Fischbach in RVerwBl. 58 S. 472.

227) Wittland in JW. 1937 S. 937 ff.

228) Im Sinne Wittlands u. a. auch Meyer-Anschütz a. a. O. S. 618/9. Vgl. dazu die a. A. von Seydel-Piloty a. a. O. S. 738 Anm. 27 und Reindl S. 162.

nende Rechtsakte der Behörde sind[229]). — Insofern die inhaltliche Gestaltung des Beamtenverhältnisses in der Verleihung von Dienstbezügen besteht, ist die zuständige Stelle weitgehend durch die besoldungsrechtlichen Vorschriften[230]) gebunden.

Was die zeitlichen Grenzen des Beamtenverhältnisses betrifft, so legt das DBG. von sich aus die in dieser Beziehung möglichen drei Arten des Beamtenverhältnisses zwingend fest. Beamter auf Lebenszeit kann nur werden, wer die in § 28 Abs. 2 DBG. enthaltenen Voraussetzungen erfüllt und eine Urkunde nach Maßgabe des § 28 Abs. 1 DBG. erhält. Ebenso gehen die Fälle der Beamten auf Zeit abschließend aus dem Gesetz hervor (§ 29 DBG.). Alle Beamten, deren Beamtenverhältnis nicht auf Lebenszeit oder auf Zeit begründet ist, sind kraft Gesetzes Beamte auf Widerruf (§ 30 DBG.). Darüber hinaus kennt das geltende Beamtenrecht keine durch Verwaltungsakt vorzunehmende Bestimmung der zeitlichen Grenzen des Beamtenverhältnisses durch den Dienstherrn.

Neben die regelmäßige inhaltliche Gestaltung des Beamtenverhältnisses durch die zuständige Behörde tritt die Möglichkeit, in besonderen Fällen inhaltliche Bestimmungen in Form von Zusicherungen zu treffen. Diese sind nichts anderes als ausschließlich begünstigende Verwaltungsakte des Beamtenrechts[231]). Von ihnen unterscheidet das Gesetz selbst in § 167 DBG. die Vereinbarungen, unter welchen öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Dienstherrn und Beamten zu verstehen sind[232]), die im besonderen auf das Beamtenverhältnis abgestellt und in ihrem Bestand von diesem völ-

229) Es ist wohl anzunehmen, daß die Rechtsfrage, welche Umstände für die Begründung des Besoldungsanspruchs des Beamten maßgeblich sind, im bevorstehenden neuen Reichsbesoldungsgesetz ihre eindeutige Regelung findet.

230) Besoldungsgesetz v. 16. 12. 1927 (RGBl. I S. 349) einschließlich seiner zahlreichen Ergänzungs- und Änderungsgesetze, Besoldungsvorschriften v. 12. 3. 1928 (RBB. S. 33) einschließlich ihrer Änderungen und Diätenordnung, deren gegenwärtig geltende Fassung sich aus der Anlage zum Gesetz über die 29. Änderung des Besoldungsgesetzes vom 19. 3. 1937 (RGBl. I S. 342) ergibt. Das Reichsbesoldungsgesetz gilt zur Zeit nur für die unmittelbaren Reichsbeamten. Die Besoldung der mittelbaren Reichsbeamten folgt zahlreichen Sonderregelungen.

231) Den einseitigen Zusicherungen ohne Mitwirkung des Beamten steht der Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung deshalb nicht entgegen, weil dieser nur für belastende, nicht aber auch für ausschließlich begünstigende Verwaltungsakte, gilt. Siehe Heyland in ZBR. 1 S. 159.

232) Laforet a. a. O. S. 111; Brand a. a. O. S. 70; RGZ 148, 266.

lig abhängig sind[233]). Praktisch viel wichtiger als der Unterschied zwischen Zusicherung und Vereinbarung ist die Frage, wer außer dem Dienstherrn selbst Zusicherungen geben und wer Vereinbarungen treffen kann. Die Entscheidung dieser Frage ergibt sich aus den Organisationsverordnungen. So kann Zusicherungen nur diejenige Behörde geben, die nach der Organisationsverordnung zur Vertretung des Dienstherrn befugt ist[234]). Zusicherungen und Vereinbarungen sind nur in sehr beschränktem Umfange zulässig. Sie sind nur im engen Rahmen des Gesetzes und, soweit dieses nichts erkennen läßt, nur dann möglich, wenn sie der zwingenden Natur des Beamtenverhältnisses nicht widersprechen. Zusicherungen und Vereinbarungen, die eine über die Bestimmungen in Abschnitt VIII des DBG. hinausgehende Versorgung vorsehen, erklärt das Gesetz in § 167 DBG. ausdrücklich für unwirksam. Dagegen steht Zusicherungen und Vereinbarungen, welche etwa besondere Bezüge, wenn diese nicht zur Umgehung des § 167 DBG. gewährt werden, Urlaub oder den Wohnsitz betreffen, im allgemeinen nichts im Wege[235]). Jedoch ist jeder Einzelfall einer Zusicherung oder Vereinbarung im Hinblick auf seine Zulässigkeit genauestens zu prüfen. Von keinerlei praktischer Bedeutung sind einseitige „Zusicherungen" des Be-

233) Besonders im Schrifttum wurde bisher zu Unrecht kaum ein Unterschied gemacht zwischen den beiden Begriffen Zusicherung und Vereinbarung. Das DBG. kennt demgegenüber in § 167 selbst neben Zusicherungen auch Vereinbarungen; vgl. RGZ in Sievers a. a. O. S. 584 ff. und S. 619 ff. Nach Jaschkowitz a. a. O. S. 346 und auch Eikel in BJB. 1926 S. 17 ff. sind, um nur einige Beispiele für die auseinandergehenden Auffassungen im Schrifttum herauszugreifen, Zusicherungen von dem Ernennungsakt zu unterscheidende „öffentlich-rechtliche Verträge", während Heyland (ZBR. 1 S. 159) von ihnen als zweiseitige begünstigende Verwaltungsakte spricht.

234) Zusicherungen und Vereinbarungen kommen heute sowohl durch das Reichsministerium für Erziehung und Unterricht (insbesondere zugunsten der Hochschullehrer) wie durch die Länderministerien in Betracht. Fraglich ist, ob der Referent des Reichsministeriums den Dienstherrn „Land" binden kann. Dies ist wohl zu verneinen. Denn wenn auch die Ernennung durch den Führer und Reichskanzler auf Vorschlag des Reichsministeriums erfolgt, ist Dienstherr doch das Land, das allein über die Geldmittel entscheidet. Der einzelne Referent des Bayerischen Landesministeriums ist dann zum Handeln befugt, wenn er Beauftragter des Ministers ist. Zu dieser Beauftragung ist allerdings das Einverständnis des Finanzministeriums erforderlich.

235) Vgl. insbesondere Laforet a. a. O. S. 111 Anm. 5 und S. 14. Nach Brand a. a. O. S. 448 sind unter Umständen auch Vereinbarungen über Pensionierungsgründe im Sinne einer Erweiterung über die gesetzlichen hinaus zulässig. Vgl. auch Hagemann in ZBR. 7 S. 72; Nischk, Staatsverwaltung und Selbstverwaltung 1930, S. 85; RGZ 145, 95; 125, 299.

amten, soweit man von solchen überhaupt sprechen will und diese an sich rechtlich möglich sind. Die zwingende Natur des Beamtenverhältnisses besteht auch zugunsten des Beamten. So kann dieser u. a. keine Zusicherungen abgeben, die den Verzicht auf laufende oder künftige[236]) Dienstbezüge enthalten (§ 38 Abs. 1 S. 3 DBG.)[237]). Die rechtsgültigen Zusicherungen und Vereinbarungen sind rechtsverbindlich[238]) und geben, falls sie vermögensrechtlicher Natur sind, einen klagbaren Anspruch auf Erfüllung[239]).

Aus der Erkenntnis, daß die inhaltliche Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses, obwohl sie tatsächlich vielfach mit dem Begründungsakt zusammenfällt, dennoch rechtlich selbständig neben diesem steht, ergibt sich endlich als wesentliche Folgerung, daß die Nichtigkeit oder sonstige Fehlerhaftigkeit einer inhaltsgestaltenden Maßnahme die Rechtswirksamkeit des Ernennungsaktes nicht berührt.

Dritter Teil.

Die Beendigung des Beamtenverhältnisses im Sinne des DBG.

Die Begründung des Beamtenverhältnisses bedeutet einen tiefen Eingriff in die Persönlichkeit des Volksgenossen. Dieser nimmt umfangreiche Pflichten auf sich und betrachtet deren Erfüllung als seine Lebensaufgabe. Sein erstes Recht muß es daher sein, gegen seinen Willen nur aus bestimmten im Gesetz festgelegten Gründen und niemals durch Willkür[1]) einer Stelle der öffentlichen Verwaltung seiner Beamteneigenschaft verlustig zu gehen[2]). Darüber hinaus

236) Auf die bereits fällig gewesenen Dienstbezüge kann dagegen wirksam verzichtet werden; vgl. Daniels a. a. O. S. 136.

237) Schon bisher lehnte die Rechtsprechung derartige Verzichte ab unter Berufung auf deren Natur; vgl. RGZ 133, 316; PrOVG in DJZ. 1920 S. 470; siehe ferner bei v. Brauchitsch a. a. O. S. 370. A. M. O. Mayer a. a. O. Bd. 1 S. 115 und Bd. 2 S. 464.

238) RGZ 129, 89; Anschütz-Thoma a. a. O. S. 38 und 48.

239) RGZ 125, 295/9; 126, 147 ff.; 139, 396/8.

1) Die erste bedeutende gesetzliche Ausschaltung der Willkür bei Beendigung des Beamtenverhältnisses enthält das ALR. 10, II, 98.

2) Dem Beamten ist, soweit das Gesetz nicht ausdrücklich ein anderes bestimmt, ein subjektives öffentliches Recht darauf zuzuerkennen, Beamter zu bleiben. Meyer-Anschütz a. a. O. S. 614 spricht davon, daß der Beamte „ein Recht auf die Beamtenstellung, den Status als Beamter“ habe.

war es bei der grundlegenden Bedeutung des Beamtenverhältnisses für das politische Gemeinwesen für den Gesetzgeber eine der vornehmsten Aufgaben, die mit der Beendigung des Beamtenverhältnisses auftauchenden Fragen von sich aus weitgehendst zu lösen.

§ 1

Der Begriff der Beendigung des Beamtenverhältnisses.

Obwohl das Beamtenverhältnis im Mittelpunkt des ganzen Beamtenrechts steht, fehlt im Gesetz nicht nur für seine Begründung, sondern auch für seine Beendigung irgend eine Begriffsbestimmung. Unter Beendigung des Beamtenverhältnisses ist im Sinne des DBG. jedenfalls der rechtliche Vorgang zu verstehen, durch den das ordnungsgemäß (nicht fehlerhaft) begründete Beamtenverhältnis endet. Den vielgestaltigen Beendigungsgründen entsprechend kann die Beendigung als solche nicht von einheitlicher und gleicher Rechtsnatur sein. Einen gemeinsamen Oberbegriff für die Beendigung des Beamtenverhältnisses kennt dabei das Gesetz nicht. Wenn der Gesetzgeber in § 181 DBG. von „Amtsverlust" spricht[3]) und damit in den §§ 32 ff. BRÄndG. offensichtlich allgemein die Beendigung des Beamtenverhältnisses meinte, so kann ein Gebrauch dieses Ausdrucks als Oberbegriff für die Beendigung des Beamtenverhältnisses dennoch keine Billigung finden. Denn mag die Beendigung des Beamtenverhältnisses auch ausnahmlos den Verlust des Amts im Gefolge haben, so ist doch umgekehrt der Verlust des Amts ohne Beendigung des Beamtenverhältnisses möglich und bei den Beamten im Sinne des § 44 DBG. (den politischen Beamten) vom Gesetz sogar ausdrücklich vorgesehen. § 50 enthält mehrere neue für das gesamte Beamtenrecht geltende Begriffe. Hiernach kennt das DBG. eine Beendigung des Beamtenverhältnisses außer durch den Tod des Beamten durch Ausscheiden, Entlassung, Eintritt in den Ruhestand und Entfernung aus dem Dienst. Es ist eine Selbstverständlichkeit, die offenbar keiner besonderen gesetzlichen Regelung bedurfte, daß das Beamtenverhältnis ohne weiteres dann sein Ende nimmt, wenn der Volksgenosse als Träger des Dienst- und Treue-

3) In § 160 DBG. gebraucht der Gesetzgeber die mit „Amtsverlust" gleichbedeutende Wendung „scheidet er ... aus dem Amte aus".

verhältnisses stirbt. Die Beendigung des Beamtenverhältnisses durch Ausscheiden ist die notwendige Rechtsfolge bestimmter gesetzlich festgelegter Tatbestände. Die Beendigung tritt hier kraft Gesetzes und damit im Gegensatz zur Entlassung und teilweise zum Begriff des Eintritts in den Ruhestand ohne jede behördliche Willenserklärung ein. Die Fälle des Eintritts in den Ruhestand sind nicht von einheitlicher Rechtsnatur, sondern das Gesetz kennt Eintritt in den Ruhestand einerseits kraft Gesetzes und anderseits durch behördliche Willenserklärung, durch Verwaltungsakt. Dennoch hebt der Gesetzgeber diese uneinheitliche Gruppe gesondert hervor, wenn auch nur wegen der besonderen Rechtsfolgen der durch sie eintretenden Beendigung des Beamtenverhältnisses. Was schließlich den Begriff der Entfernung aus dem Dienst anlangt, so trägt dieser rein dienststrafrechtlichen Charakter. Das Beamtenverhältnis endet nicht ohne behördliches Zutun kraft Gesetzes oder durch einen Verwaltungsakt, sondern durch eine richterliche Entscheidung, durch ein Strafurteil besonderer Art.

Bei der Begriffseinteilung des § 50 DBG. war dem Gesetzgeber mehr daran gelegen, die einzelnen Gruppen gleichartiger Beendigungstatbestände mit besonderer Rücksicht auf ihre verschiedenen Rechtsfolgen zusammenfassend zu bezeichnen, als die für die jeweilige Beendigung des Beamtenverhältnisses charakteristische Rechtsnatur zu verdeutlichen. Es bleibt somit der Wissenschaft überlassen, sich mit den verschiedenen Beendigungsbegriffen[4]) auseinanderzusetzen. Dabei ist es zweckmäßig, von einer von § 50 DBG. abweichenden Unterscheidung auszugehen, die sich am einfachsten umschreiben läßt mit: Beendigung de facto, de iure, durch Verwaltungsakt und durch Urteil.

§ 2

Beendigung de facto.

Das Beamtenverhältnis endet de facto[5]) mit dem Tode des Beamten, aber auch mit dem Untergang des Dienstherrn[6]). Die bloße

4) Unter sie sind auch die außerhalb der §§ 50 mit 78 DBG. (z. B. §§ 149 Abs. 2 S. 2, 160 DBG.) und schließlich außerhalb des DBG. auf Grund § 184 Abs. 2 S. 1 DBG. (z. B. §§ 22 Abs. 2, 43, 45, 54 DGO., § 113 Abs. 1 DVG., § 1 der VO. vom 29. 3. 1935, RGBl. I S. 487) noch bestehenden Fälle der Beendigung des Beamtenverhältnisses zu bringen.

5) Fischbach a. a. O. S. 438 spricht unter Bezugnahme auf die Entscheidung

Tatsache, daß einer der Träger des Beamtenverhältnisses, entweder die natürliche Person des Beamten oder die juristische Person des Dienstherrn aus der Rechtswelt ausscheidet, läßt das Beamtenverhältnis enden. Die beiden Fälle der Beendigung de facto sind im Gesetz nicht eigens geregelt, sie ergeben sich von selbst aus dem Begriff des Beamtenverhältnisses als öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis.

Der Grundsatz, daß mit dem Untergang des Dienstherrn das Beamtenverhältnis de facto sein Ende nimmt, erleidet freilich eine wesentliche Einschränkung. Diese besteht darin, daß der Untergang der juristischen Person des Dienstherrn dann nicht zur Beendigung des Beamtenverhältnisses führt, wenn er sich unter Rechtsnachfolge durch eine andere dienstherrnfähige Rechtspersönlichkeit des öffentlichen Rechts vollzieht. Zu den Fällen des Untergangs des Dienstherrn gehört vor allem die nicht seltene Eingemeindung. An ihr soll die genannte Einschränkung veranschaulicht werden. Hört infolge des die Eingemeindung aussprechenden staatlichen Hoheitsaktes[7]) eine Gemeinde zu bestehen auf, dann verlieren die Beamten der eingemeindeten Gemeinde ihren bisherigen unmittelbaren Dienstherrn. Die einzige gesetzliche Grundlage für ihre Rechtsstellung im Hinblick auf die Eingemeindung bildeten bis zur 2. DVO. zu § 2

---

des RG v. 4. 3. 1931 III 169 — 1931 von „automatischer Beendigung"; ebenso Daniels a. a. O. S. 166 f.

6) Man wird nur vom Untergang des unmittelbaren Dienstherrn des mittelbaren Beamten reden können. Der Tod des Führers vermag das Beamtenverhältnis nicht zu berühren (vgl. unten S. 86 Anm. 49), während der rechtliche Untergang des Reiches für uns heute unvorstellbar ist.

7) Der Wortlaut der §§ 14, 15 DGO. läßt heute wohl keinen Zweifel mehr darüber bestehen, daß die Eingemeindung auf Grund eines Staatshoheitsaktes erfolgt. Die Gemeinden brauchen vorher nur „gehört" zu werden. Den Rechtscharakter des Eingemeindungsaktes als einseitigen Staatshoheitsakt vermögen auch die im Zusammenhang mit der Eingemeindung zwischen den Gemeinden in der Regel abgeschlossenen Eingemeindungsverträge nicht zu berühren. Die DGO. erledigte alle früheren Lehren über die Rechtsnatur der Eingemeindung, so vor allem die Vertragstheorie im Sinne von Brockhausen („Vereinigung und Trennung von Gemeinden", 1893 S. 11) und die Theorie des sogn. Gesamtaktes, die u. a. von Karner („Die Veränderung von Gemeindebezirken durch Einverleibung" in den Blättern für administrative Praxis Bd. 57 S. 189 ff.) und Kuntze („Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff" in der Festgabe der Leipziger Juristischen Fakultät für O. Müller, 1892 S. 47) vertreten wurde. Die herrschende Lehre und die Rechtsprechung (vgl. Helfritz, Grundriß des preußischen Kommunalrechts, 1927 S. 29; RGZ 68, 214; PrOVG 22, 86; 25, 158; 37, 165 ff.) sprachen sich schon bisher im Sinne eines einseitigen Staatshoheitaktes aus. Vgl. auch Schattenfroh a. a. O. S. 64 ff.

DBG. (Ziff 6), die erst am 13. Oktober 1938 ergangen ist, die §§ 22 ff. BRÄndG.[8]). Nach § 22 Abs. 1 BRÄndG. sind die Beamten der Gemeinde „in ihrer bisherigen Eigenschaft als ... Beamte in den Dienst der aufnehmenden" Gemeinde „zu übernehmen". Dabei äußerte sich das Gesetz zunächst aber nicht über die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks „sind zu übernehmen". Aus ihm allein kann nicht entnommen werden, ob die Beamten der eingemeindeten Gemeinde aus dem Beamtenverhältnis ausscheiden und der aufnehmenden Gemeinde nunmehr die Rechtspflicht obliegt, diese neu zu ihren Beamten zu ernennen oder ob sie trotz des Unterganges ihres bisherigen unmittelbaren Dienstherrn im Beamtenverhältnis verbleiben und von der aufnehmenden Gemeinde nur in den Dienst genommen werden müssen. Doch nur die letztere Lösung entspricht der tatsächlichen und rechtlichen Wirklichkeit. Mit der Eingemeindung gehen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge alle Rechte und Pflichten der bisher selbständigen Gemeinde auf die aufnehmende Gemeinde über. Zu diesen übergehenden Rechten und Pflichten gehören auch sämtliche Beamtenverhältnisse der untergehenden Gemeinde, sie werden somit nicht beendet, sondern bleiben nach wie vor bestehen. An Stelle der bisherigen Gemeinde tritt lediglich die aufnehmende Gemeinde als Trägerin des Beamtenverhältnisses ein. Der Grundsatz, daß bei Rechtsnachfolge „eine Beendigung des bisherigen Beamtenverhältnisses und eine Neubegründung nicht erforderlich"[9]) ist, hat über die Eingemeindung hinaus in allen Fällen der Rechtsnachfolge eines öffentlich-rechtlichen Dienstherrn durch einen anderen volle Geltung. Erst in der 2. DVO. zu § 2 DBG. Ziff. 1 fand er seinen gesetzgeberischen Niederschlag.

§ 3

Beendigung de iure.

Unter dem Begriff der Beendigung de iure sind die Fälle zusammenzufassen, in welchen die Beendigung des Beamtenverhältnisses kraft Gesetzes auf Grund bestimmter im Gesetz aufgeführter Tat-

8) Die §§ 2 ff. BRÄndG. sind auf Grund und im Rahmen der DVO. zu § 43 DBG. aufrecht erhalten geblieben.

9) Fischbach in DtVerw. 1938 S. 224; vgl. auch PrOVG. 58, 457. Im übrigen so die herrschende Lehre.

bestände eintritt. Das Gesetz bringt hier im Gegensatz zu den vorbezeichneten Beendigungsfällen ex verbis zum Ausdruck, daß es die Beendigung will und dabei ist dieser Wille des Gesetzgebers so stark, daß er unmittelbar selbst die Beendigung herbeiführt und insofern eine behördliche Willenserklärung oder gar gerichtliche Entscheidung erübrigt.

De iure nimmt gemäß § 51 DBG. das Beamtenverhältnis sein Ende, wenn der Beamte aus der gehobenen Rechtsgemeinschaft der Reichsbürger ausscheidet[10]). Der Beamte, welcher der politischen Pflichten und Rechte eines Reichsbürgers nicht mehr würdig ist, kann auch nicht länger Beamter bleiben. Er kann, da der Verlust des Reichsbürgerrechts Verlust des besonderen Vertrauens gegenüber der Volksgemeinschaft bedeutet, des Vertrauens, das ihn in das Beamtenverhältnis berief, nicht mehr Träger des Beamtenverhältnisses sein. Ausnahmen erfordern einen besonderen Verwaltungsakt, den nur die oberste Dienstbehörde im Einvernehmen mit dem Reichsminister des Innern erlassen darf.

Desgleichen findet das Beamtenverhältnis dann sein Ende, wenn der Beamte gegen den Willen seiner obersten Dienstbehörde den Mittelpunkt seines Lebens in das Ausland verlegt, er somit unter Verletzung seiner Treuepflichten als Beamter einer der wesentlichsten tatsächlichen Voraussetzungen für das Beamtenverhältnis eigenmächtig aufhebt (§ 52 DBG.).

Schließlich tritt nach § 53 DBG. die Beendigung des Beamtenverhältnisses kraft Gesetzes ein, wenn der Beamte sich eines schwersten Verstoßes gegen die Rechts- und Lebensordnung der Volksgemeinschaft schuldig macht[11]). Wenn der Beamte gegen das höchste Gut der Volksgemeinschaft, gegen ihr Recht in gröblichster Weise verstößt, so zerstört er damit das Vertrauen seiner Auftraggeberin, ihre politischen Lebensbelange ordnungsgemäß zu wahren. Seiner Beamteneigenschaft wird die sittliche Berechtigung entzogen und als Folge hieraus läßt der Gesetzgeber das Beamtenverhältnis

10) Gemeint ist nach der DVO. zu § 51 DBG. nur das endgültige Reichsbürgerrecht.

11) Das StGB. läßt in den §§ 31, 33, 35 Abs. 2 und bei Todesstrafe von sich aus schon das Beamtenverhältnis enden. Wenn gleichzeitig das DBG. nach § 53 zur Beendigung de iure führt, so liegt hier eine Konkurrenz eigener Art vor.

de iure endigen[12]). Kraft Gesetzes (§ 54 DBG.) kommt dem Führer das Recht zu, durch Hoheitsakt den Eintritt der gesetzlichen Folgen des § 53 DBG. zu verhindern oder die eingetretenen Rechtsfolgen nachträglich zu beseitigen. In letzterem Falle findet auf Grund § 54 Abs. 2 DBG. der § 55 DBG. entsprechende Anwendung[13]).

Wenngleich die Gründe für die Beendigung des Beamtenverhältnisses durch Eintritt in den Ruhestand infolge erreichter Altersgrenze (§ 68 DBG.) und infolge Zeitablaufs (§ 69 DBG.) von ganz anderen Gesichtspunkten beherrscht sind, als die vorerwähnten Beendigungsgründe, so ist dennoch auch hier die Beendigung als solche von gleicher Rechtsnatur, sie tritt ebenfalls de iure ein. Zu den letzteren Beendigungsfällen gehört schließlich noch § 77 Abs. 3 DBG.

Die de iure erfolgte Beendigung des Beamtenverhältnisses kann durch die zuständige Behörde nur festgestellt werden. Eine unrichtige Feststellung vermag weder ein noch bestehendes Beamtenverhältnis in seiner Rechtswirksamkeit zu berühren, noch ein beendetes Beamtenverhältnis in irgendeiner Weise neu zu beleben. Nach Maßgabe der DVO. zu § 56 DBG. besteht für den Dienstvorgesetzten die Rechtspflicht in den Fällen der §§ 51, 52 und 53 DBG. die Beendigung de iure im Sinne des § 163 DBG. schriftlich bekanntzugeben. Diese Rechtspflicht dient nur der Klärung der Rechtslage. Ebenfalls allein rechtserklärende (deklaratorische) Bedeutung haben die bei Übertritt in den Ruhestand kraft Gesetzes (§§ 68 und 69 DBG.) auf Grund Ziffer I Abs. 3 der DfVorschr. vom 12. 7. 1937 auszustellenden Urkunden, ferner die Mitteilungen bei Vorliegen des § 77 Abs. 3 DBG.

---

12) Die Vorschrift des § 181 DBG., wonach § 53 DBG. ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Tat gilt, findet in denselben Gedankengängen ihre Rechtfertigung.

13) Weitere Tatbestände, die im vorgenannten Sinne die Beendigung des Beamtenverhältnisses de iure zur Folge haben, sind § 160 DBG., § 1 der VO. vom 29. 3. 1935 (RGBl. I S. 487), § 3 Abs. 1 S. 2 des Gesetzes vom 16. 7. 1936 (RGBl. I S. 563) u. a. m.

Eine rechtlich eigenartige Beendigung des Beamtenverhältnisses, die im Zusammenhang mit dem herausgestellten Begriff der Beendigung de iure zu nennen ist, brachte die 2. DVO. zu § 60 DBG. in Ziff. II 4, wonach ein Beamter, der als Soldat in die Wehrmacht oder zum Stammpersonal des Reichsarbeitsdienstes übertritt „als auf seinen Antrag aus dem Beamtenverhältnis entlassen" „gilt". Im Wesen handelt es sich aber auch hier um eine Beendigung de iure.

In allen Fällen der Beendigung des Beamtenverhältnisses de iure konnte der Gesetzgeber schon deshalb von sich aus und ohne unmittelbare rechtsgestaltende (konstitutive) Mitwirkung der Verwaltung seinem Interesse an der sofortigen Beendigung des Beamtenverhältnisses gerecht werden, als die jeweils in Betracht kommenden Tatbestände in der Regel ohne weiteres erkennbar sind und ihre Feststellung eines besonderen Verfahrens nicht bedarf[14]).

§ 4

Beendigung durch Verwaltungsakt.

Vielfach führt der Gesetzgeber die Beendigung des Beamtenverhältnisses, dessen Aufrechterhaltung nicht gerechtfertigt erscheint oder dessen Beendigung durch den Beamten beantragt wird, dadurch herbei, daß er der Verwaltung die Rechtspflicht auferlegt oder ihrem pflichtmäßigen Ermessen anheimstellt, einen auf Beendigung gerichteten Verwaltungsakt zu erlassen. Die Entlassung aus dem Beamtenverhältnis im Sinne der §§ 57 ff. DBG., wie auch die Versetzung in den Ruhestand, im Gegensatz zum Eintritt in den Ruhestand kraft Gesetzes, kann immer nur im Wege eines Verwaltungsaktes erfolgen.

1. Rechtsnatur des Beendigungsaktes.

Das Gesetz bezeichnet den auf Beendigung des Beamtenverhältnisses gerichteten Verwaltungsakt als „Verfügung". Die beiden ihrem wesentlichen Inhalt nach gleichen §§ 60 Abs. 1 und 78 Abs. 1 DBG. bringen zum Ausdruck, daß sich die Entlassungsverfügung und die Verfügung zur Versetzung in den Ruhestand in ihrer Rechtsnatur als rein einseitige Verwaltungsakte nicht unterscheiden. Der Einseitigkeit der Verfügungen steht die Tatsache nicht entgegen, daß den nach §§ 60, 63 Abs. 1 S. 1 Hs. 1, 70 und 77 Abs. 1 DBG. ergehenden Beendigungsakten ein entsprechender Antrag des Beam-

14) Nur im Rahmen des § 52 Abs. 1 DBG. kann es unter Umständen zweifelhaft sein, ob der gesetzliche Tatbestand vorliegt oder nicht. Im Hinblick auf mögliche Zweifel bestimmt § 52 Abs. 22 DBG. deshalb, daß die oberste Dienstbehörde endgültig, und somit für die Gerichte nicht mehr nachprüfbar (§ 146 DBG.), darüber entscheidet, ob die Voraussetzungen des Abs. 1 vorliegen.

ten vorausgehen muß[15]). Anträge in diesem Sinne sind weder Willenserklärungen, die zu einem im Gesetz nicht weiter geregelten öffentlich-rechtlichen Vertrag führen, dessen Folgen die Entlassung oder Versetzung in den Ruhestand des Beamten sind[16]), noch Bestandteil eines etwa zweiseitigen Verwaltungsaktes[17]). Die Beendigungsverfügung auf Grund Antrags ist als actus contrarii[18]) in ihrer Rechtsnatur dem Ernennungsakt gleich. Wie die Einwilligung des Beamten in seine Ernennung, so ist auch der Antrag des Beamten auf Beendigung des Beamtenverhältnisses lediglich eine condicio iuris für die Beendigungsverfügung[19]). Die Verfügungen nach den §§ 60, 63, 70 und 77 Abs. 1 DBG. sind somit als einseitige Verwaltungsakte von der gleichen Rechtsnatur wie die übrigen Entlassungsverfügungen und die Verfügungen, die in den Ruhestand versetzen. Es besteht zwischen ihnen nur die eine Verschiedenheit, daß erstere antragsbedingte Verwaltungsakte darstellen, während die letzteren von einem Willen des Beamten gänzlich unabhängig sind, ja in der Regel gegen dessen Willen erlassen werden.

2. Zuständigkeit für den Erlaß des Beendigungsaktes.

Was die Zuständigkeit für den Erlaß des Beendigungsaktes anlangt, so ist nach Maßgabe der §§ 66 und 78 DBG. davon auszugehen, daß zunächst die Stelle die Beendigung des Beamtenverhältnisses verfügt, die für dessen Begründung nach § 24 DBG. zuständig wäre. Von diesem Grundsatz sind insoweit Ausnahmen möglich, als Gesetz oder Erlaß des Führers und Reichskanzlers ausdrücklich Bestimmungen darüber treffen. Das DBG. bringt selbst eine solche Ausnahmebestimmung in § 71, wonach Beamte wegen politischer Unzuverlässigkeit, unabhängig davon wer sie ernennen würde, nur durch den Führer und Reichskanzler vorzeitig in den Ruhestand versetzt werden können. Im übrigen kann auf den Erlaß

15) Keinen Fall der Entlassung auf Antrag enthält trotz ihres Wortlauts die Ziffer II 4 der 2. DVO. zu § 60 DBG. Vielmehr „gilt" hier der Beamte kraft Gesetzes als auf seinen Antrag entlassen. Vgl. oben S. 72 Anm. 13.

16) Vgl. RGZ 126, 245; Schulze-Simons a. a. O. S. 23.

17) Vgl. Anschütz-Thoma a. a. O. S. 40.

18) Vgl. Kormann a. a. O. S. 275, 329; RG in JW. 1929 S. 2332. A. M. G. Jellinek, „System der subjektiven öffentlichen Rechte", 1905 S. 213.

19) Vgl. PrOVG. 77, 507; Geyer in PrVBl. 47 S. 10; Behr in DJZ. 1909 S. 1487.

des Führers und Reichskanzlers über die Ernennung der Beamten und die Beendigung des Beamtenverhältnisses vom 10. 7. 1937 und dessen Durchführungsvorschriften vom 12. 7. 1937 verwiesen werden.

Die Lösung der Zuständigkeitsfrage im Sinne des DBG. läßt sich vor allem im Hinblick darauf rechtfertigen, daß die Stellen, die die Voraussetzungen für die Ernennung des Beamten endgültig prüfen, in erster Linie auch zu der Entscheidung imstande sind, wann die Beamtenfähigkeit im Sinne des Gesetzes nicht mehr gegeben ist. Die einzelnen Durchbrechungen des in den §§ 66 und 78 DBG. enthaltenen Grundsatzes der Zuständigkeit ergeben sich aus der jeweiligen besonderen Gestaltung des Falles, wie aus dem Tatbestand des § 71 DBG. deutlich spricht.

3. Mitwirkung anderer Stellen bei der Beendigung.

Wie bei der Begründung des Beamtenverhältnisses, so ist auch bei seiner Beendigung die Mitwirkung anderer Stellen, die an sich nur bei der Beendigung durch Verwaltungsakt in Frage kommt, zu untersuchen. Die bei der Begründung mitwirkenden Stellen sind nicht schon auf Grund der auf § 24 DBG. verweisenden §§ 66 und 78 DBG. ohne weiteres und in gleicher Weise auch bei der Beendigung des Beamtenverhältnisses beteiligungsberechtigt[20]). Vielmehr muß die Mitwirkung bei der Beendigung des Beamtenverhältnisses durch Verfügung ausdrücklich als solche aus Gesetz oder Erlaß des Führers und Reichskanzlers hervorgehen.

Im Gegensatz zur Beteiligung anderer Stellen bei der Ernennung kennt das geltende Beamtenrecht im Rahmen der Beendigung des Beamtenverhältnisses allgemein[21]) nur ein Mitwirkungsrecht, das sich in der Stellung von Anträgen (§ 71 DBG.) auf oder in Vorschlägen (Ziff. III der Durchführungsvorschriften zum Ernennungserlaß des Führers vom 12. 7. 1937) zum Erlaß einer Beendigungsver-

20) Vgl. RGZ 141, 248 f.; PrOVG. 51, 54 f.; Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 910/11, 918/19.

21) Abgesehen von ganz wenigen Ausnahmen. So sieht z. B. die gemäß § 151 Abs. 4 DBG. fortbestehende 1. DVO. zur Überleitung des Forst- und Jagdwesens auf das Reich in der Fassung der VO. vom 28. 1. 1935 (RGBl. I S. 70) die Zustimmung des Reichsforstmeisters bei Entlassungen und Zurruheversetzungen von Beamten der Landesforstverwaltung vor.

fügung erschöpft[22]). Bei dem Zustandekommen eines Antrags oder Vorschlags können wiederum mehrere Stellen unmittelbar beteiligt sein. So kann nach § 71 DBG. die oberste Dienstbehörde nur im Einvernehmen mit dem Reichsminister des Innern einen Antrag auf Versetzung in den Ruhestand einreichen. Die Beteiligung an der Bildung eines derartigen Antrags ist nur für dessen Ordnungsmäßigkeit von Bedeutung. Soweit das Gesetz eine Beteiligung in Form eines Antrags oder Vorschlags vorsieht, sind diese lediglich eine Voraussetzung für den Erlaß der beantragten oder vorgeschlagenen Beendigungsverfügung. Im Wege der Auslegung ist zu ermitteln, ob diese Voraussetzung wesentlich und daher von zwingender Natur ist oder nicht. Das in § 71 DBG. enthaltene Antragsrecht ist wohl im Rahmen pflichtmäßigen Ermessens für die zuständige Stelle eine durch die Überordnungsgewalt erzwingbare Rechtspflicht, dennoch ist der Führer nicht etwa an den gestellten Antrag gebunden, sodaß er auch gegen oder ohne ihn eine Versetzung in den Ruhestand aus politischen Gründen verfügen kann. Der Antrag hat auf die Beendigungsverfügung als solche keinerlei rechtlichen Einfluß. Seine Fehlerhaftigkeit kann niemals die Verfügung an sich fehlerhaft machen. Dasselbe gilt für die nach den Durchführungsvorschriften zum Ernennungserlaß erfolgenden Vorschläge.

Das geltende Recht kennt bei Beendigung des Beamtenverhältnisses eine Beteiligung anderer Stellen nicht in dem Umfange wie bei der Begründung[23]). Der Grund hierfür ist darin zu erblicken, daß eine irgendwie rechtlich oder tatsächlich mangelhafte Beendigung des Beamtenverhältnisses für das politische Gemeinwesen bei weitem nicht die Nachteile in sich birgt, wie eine ebensolche Begründung des Beamtenverhältnisses.

4. Gründe und Geltendmachung der Beendigung.

Inwieweit das DBG. dem einzelnen Beamten einen Einfluß auf den Erlaß einer das Beamtenverhältnis begründenden oder beendi-

22) Die endgültigen Entscheidungen der obersten Dienstbehörde über das Vorliegen der Voraussetzungen für die Beendigungsverfügung (§§ 63 Abs. 2, 67 Abs. 2 S. 2 DBG.) können nicht als eigentliche Mitwirkung beim Erlaß des Beendigungsaktes bezeichnet werden.

23) So ist vor allem, mit Ausnahme des Rechts des Stellvertreters des Führers nach der DVO. zu § 71 DBG., keine ausdrückliche Mitwirkung der Partei vorgesehen.

genden Verfügung gewährt, ist letzten Endes eine Frage der Wertung des Verhältnisses Gemeinschaft und Einzelner. Grundsätzlich spricht im öffentlichen Recht die Vermutung dafür, daß die Verwaltung unabhängig vom Willen des Einzelnen tätig wird. Wenn ihm ein Einfluß auf das Verwaltungshandeln eingeräumt werden soll, muß dies aus dem Gesetz hervorgehen.

Die Beendigungsverfügungen des DBG. lassen sich im Hinblick auf die Einflußnahme des Beamten in drei Gruppen einteilen. Entweder legt das Gesetz der für die Beendigung des Beamtenverhältnisses zuständigen Stelle die Rechtspflicht auf, ungeachtet des Willens des Betroffenen eine Beendigungsverfügung zu erlassen, oder es gibt die Möglichkeit, den Erlaß einer Beendigungsverfügung zwar nicht willkürlich, aber nach pflichtmäßigem Ermessen zu tätigen, womit dem Beamten Gelegenheit gegeben werden kann, auf dieses Ermessen Einfluß zu nehmen. Endlich kennt das DBG. eine Beendigung des Beamtenverhältnisses auf Grund des ausschließlichen Willens des Beamten. Dieser kann die Beendigung schlechthin erzwingen, das Gesetz gewährt ihm einen Rechtsanspruch darauf.

Was die Beendigungsgründe betrifft, mit denen für die zuständige Stelle die Rechtspflicht verbunden ist, unabhängig vom Willen des Beamten eine Beendigungsverfügung zu erlassen, so handelt es sich hier im wesentlichen um schwerwiegende Tatbestände, die für die Verwaltungsbehörde insbesondere ohne eigenes Verfahren leicht erkennbar sind. Diese Tatbestände bestehen teils in nachträglich in Erscheinung tretenden oder nachträglich entstehenden Mängeln bezüglich der Voraussetzungen für die Begründung des Beamtenverhältnisses (§§ 59, 72 DBG.), teils in Verstößen gegen die Dienst- und Treuepflichten eines Beamten (§§ 57, 58 DBG.). Schließlich verlangt das Gesetz zwingend die Beendigung des Beamtenverhältnisses im Interesse einer ordnungsgemäßen Dienstverrichtung und der öffentlichen Finanzen (§§ 73 ff., 76 Abs. 1, 61 S. 1 Hs. 2, 67 Abs. 2, 68 Abs. 3, 77 Abs. 2 DBG.). Der besondere Beendigungsgrund des § 63 DBG., welcher der Verwaltung die Rechtspflicht auferlegt, das Beamtenverhältnis ohne Antrag des weiblichen Beamten zu lösen, entspricht der Auffassung des Nationalsozialismus von der Frau als Mutter und Quelle des Lebens unseres Volkes. Die Frau soll sich der Familie ganz widmen können. Sie hat daher dann,

wenn ihre wirtschaftliche Versorgung nach der Höhe des Familieneinkommens dauernd gesichert erscheint, als Beamtin unter Gewährung einer Billigkeitsgründen entsprechenden Abfindung auszuscheiden[24]).

In allen diesen Fällen muß die zuständige Stelle regelmäßig die Auflösung des Beamtenverhältnisses verfügen. Kommt sie dieser Rechtspflicht nicht nach, so macht sie sich der Überordnungsinstanz gegenüber verantwortlich. Die vorgesetzte Dienststelle kann von sich aus den Erlaß der Beendigungsverfügung auf Grund ihrer Überordnungsgewalt herbeiführen. Ein Rechtsanspruch des Beamten auf Erlaß einer Beendigungsverfügung ist im Rahmen der angeführten Tatbestände jedoch nicht anzuerkennen, obwohl das Gesetz davon spricht, daß der Beamte zu entlassen oder in den Ruhestand zu versetzen „ist". Dies folgt für die Entlassung aus der besonderen und ausdrücklichen Regelung des Rechtsanspruchs hierauf in § 60 DBG. In den Fällen der Versetzung in den Ruhestand liegt vornehmlich im Hinblick auf die §§ 72 Abs. 1 Hs. 1 und 76 Abs. 1 der Gedanke nahe, dem Beamten einen Rechtsanspruch auf Beendigung des Beamtenverhältnisses und zwar auf seine Zurruheversetzung zuzusprechen. Indessen kann es sich auch hier nicht um einen Rechtsanspruch auf Beendigung des Beamtenverhältnisses als solcher handeln[25]), sondern nur um einen Rechtsanspruch darauf, daß der Beamte dann, wenn die Behörde die Beendigung verfügt, nicht entlassen, sondern in den Ruhestand versetzt wird.

Die Tatbestände, bei welchen es das Gesetz dem pflichtmäßigen Ermessen der Verwaltungsbehörde anheimstellt, die Beendigung des Beamtenverhältnisses auf Grund oder ungeachtet eines Antrags des Beamten zu verfügen, erfordern regelmäßig eine eingehendere Prüfung aller näheren Umstände des Falles. Ob der Beamte nicht mehr die Gewähr dafür bietet, daß er jederzeit rückhaltlos für den nationalsozialistischen Staat eintreten wird (§ 71 DBG.), es im Interesse

24) Unter der Geltung des ganz von liberalistischem Geist getragenen Art. 128 Abs. 2 WV. war eine dem § 63 DBG. ähnliche Bestimmung der Reichs- oder Landesgesetzgebung nach ständiger Rechtsprechung des RGZ (in Bd. 102, 145; 106, 154; 110, 191) „rechtsunwirksam".

25) Fischbach a. a. O. S. 489 vertritt mit Recht die Ansicht, daß die zuständige Behörde die Versetzung in den Ruhestand zurückstellen oder vorerst ablehnen darf, „wenn dienstliche Rücksichten es erfordern".

A. M. aber Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 1132.

des Staates liegt, den Wartestandsbeamten nicht wieder mit einem Amt zu betrauen (§ 77 Abs. 1 DBG.), sondern seinem Antrag auf Versetzung in den Ruhestand zu entsprechen, desgleichen ob es angebracht erscheint, das Beamtenverhältnis des Widerrufsbeamten gemäß § 61 DBG. durch Ausübung des Widerrufsrechts oder nach § 76 Abs. 2 DBG. durch Versetzung in den Ruhestand aufzulösen und es die gegebenen Verhältnisse zulassen, dem Antrag des Beamten auf Versetzung in den Ruhestand nach erreichtem 62. Lebensjahr stattzugeben (§ 70 DBG.), ermöglichen erst nach verständiger Würdigung der das Beamtenverhältnis beherrschenden großen Grundsätze und nach gewissenhafter Überprüfung der jeweiligen Sachlage durch die zuständige Behörde eine endgültige auf die Beendigung des Beamtenverhältnisses gerichtete Entscheidung. Das Verwaltungsermessen der verfügenden Behörde kann hierbei weitgehend durch die Überordnungsgewalt beeinflußt werden.

Die zur Beendigung des Beamtenverhältnisses zuständige Stelle kann niemals ohne einen Rechtsgrund[26]) des DBG. eine Beendigungsverfügung erlassen. Demgegenüber läßt es das Gesetz zu, daß der Beamte jederzeit und ohne Angabe eines Grundes seine Entlassung beantragen kann[27]) und seinem Antrag entsprochen werden muß (§ 60 DBG.)[28]). Einen besonderen Fall des Rechtsanspruchs auf Beendigung des Beamtenverhältnisses enthält § 63 DBG. für weibliche Beamte. Dieser im Hinblick auf die Beendigungsfolgen der §§ 64 f. DBG. besondere Tatbestand, in dem ein verheirateter weiblicher Beamter jederzeit seine Entlassung verlangen kann, liegt, wie bereits erwähnt, in der bevölkerungspolitischen Einstellung des Nationalsozialismus begründet.

26) Dieser Rechtsgrund muß zudem einem aus dem Wesen des öffentlichen Rechts folgenden ungeschriebenen Rechtssatz gemäß, im allgemeinen in einer Begründung der Beendigungsverfügung zum Ausdruck kommen; vgl. Hamburger OVG. vom 27. 4. 1928 in Ibsen a. a. O. S. 182; ferner Meyer-Anschütz a. a. O. S. 627.

27) Der Antrag liegt in der Regel im freien Willen des Beamten. Eine Ausnahme im Sinne einer Rechtspflicht zur Stellung eines Entlassungsantrags enthält dagegen z. B. die 1. Durchführungs- und Überleitungsvorschrift zur VO. über die Ausbildung für den höheren Dienst in der allgemeinen und innern Verwaltung v. 30. 1. 1937 (RGBl. 1938 I S. 2) zu § 8 Ziff. II.

28) Für die Zeit vor dem DBG. wurde, wie das RGZ in Bd. 131, 87 u. Bd. 133, 317 zum Ausdruck bringt, „das Bestehen eines allgemeinen Gewohnheitsrechts anerkannt, wonach der Beamte jederzeit seine Entlassung fordern“ konnte, wenn er auf Titel, Rang, Gehalt und jeglichen Pensionierungsanspruch verzichtete und seine Amtsgeschäfte vollständig erledigt hatte.

Wenn auch § 60 DBG. im Gegensatz zur Begründung des Beamtenverhältnisses auf dessen Beendigung einen allgemeinen Rechtsanspruch[29]) gibt, so kann das Gesetz für bestimmte Beamtengattungen, soweit es im Interesse des politischen Gemeinwesens liegt, diesen Rechtsanpruch zeitweise oder ganz verwehren. Die DVO. zu § 60 DBG. schließt in diesem Sinne einen Beendigungsanspruch für Wehrmachtsbeamte für die Dauer des Aufbaues der Wehrmacht überhaupt aus, sonst jedoch nur, wenn der einzelne Beamte eine Verpflichtung übernommen hat, eine bestimmte Zeit im Dienst zu bleiben, dann aber auch nur für diese Zeit. Im übrigen bringt das Gesetz eine gewisse Einschränkung hinsichtlich des allgemeinen Rechtsanspruchs auf Beendigung insofern, als nach § 60 S. 4 DBG. dem Beamten die Entlassung solange verweigert werden darf, als er seine Amtsgeschäfte nicht ordnungsgemäß erledigt hat. Nach Nadler-Wittland-Ruppert[30]) kann der Beamte die Beendigung seines Beamtenverhältnisses auch zu einem der Verwaltung „wenig genehmen Zeitpunkt" verlangen, ohne gegen seine Dienst- und Treuepflichten zu verstoßen. Dieser Grundsatz darf jedoch m. E. nicht ausnahmslos gelten, wenn auch, wie Brand[31]) mit Recht hervorhebt, die Frage, ob und inwieweit im einzelnen der Geltendmachung des Anspruchs des Beamten aus § 60 DBG. die Treuepflicht aus dem Beamtenverhältnis entgegensteht „nur bei größter Zurückhaltung" beantwortet werden kann.

Wie der Beamte, auch der Widerrufsbeamte, nicht willkürlich[32]) entlassen oder in den Ruhestand versetzt werden kann, so kann er auch seinerseits trotz des allgemeinen Rechtsanspruchs auf Beendigung des Beamtenverhältnisses nicht willkürlich sein Amt niederlegen und das Beamtenverhältnis damit auflösen[33]). Er bedarf zur Verwirklichung seines Beendigungswillens eines klaren und unbe-

29) Verschiedentlich wurde vor dem DBG. ein solcher Rechtsanspruch überhaupt verneint, so z. B. von Schneider a. a. O. S. 65 Anm. 1.
30) Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 1023.
31) Brand a. a. O. S. 427.
32) „Ein Willkürakt liegt vor, wenn sich für das Tun oder Unterlassen kein Grund finden läßt"; so Laforet a. a. O. S. 230 Anm. 4.
33) Vgl. in diesem Zusammenhang aber die Entscheidung des Bay. Obersten LG vom 24. 5. 1933 in JDR. 1934 S. 46.

dingten Antrags[34]), der durch Verfügung verbeschieden werden muß. Erst damit endet das Beamtenverhältnis.

Für den Gesetzgeber lagen keine Gründe vor, einen Rechtsanspruch auf Beendigung des Beamtenverhältnisses zu versagen. Einerseits ist wohl kein Beamter unersetzbar, anderseits ist ein Beamter, dem die Begeisterung und die nötige innere Einstellung zu seinem Beamtenberuf fehlt, lediglich eine Belastung für Staat und Beamtentum.

Treffen mehrere der aufgeführten Beendigungsgründe gleichzeitig zusammen, so ist im Wege der Auslegung zu ermitteln, welcher von ihnen der Beendigungsverfügung zu Grunde zu legen ist. Die einzelnen Umstände, die die verschiedenen Beendigungstatbestände des Gesetzes erfüllen und die ratio legis dieser gesetzlichen Tatbestände ergeben an Hand der allgemeinen das Beamtenverhältnis beherrschenden Grundsätze, nach welcher gesetzlichen Bestimmung die Behörde die Beendigung zu verfügen hat[35]).

5. Formgebundenheit des Beendigungsaktes.

Die auf Beendigung des Beamtenverhältnisses gerichteten Verfügungen sind formgebunden. Sie bedürfen, wie aus den §§ 66 und 78 DBG. folgt, grundsätzlich[36]) der Schriftform. Die Schriftlichkeit ist wesentliches aber auch alleiniges wesentliches Formerfordernis. Ihr Fehlen läßt in allen Fällen die Beendigungsverfügung nicht wirksam werden. Im Gegensatz zum Verwaltungsakt der Ernennung unterliegt die Schriftlichkeit aber keinen weiteren zwingenden Anforderungen. Die Ziffer VI Abs. 6 der Durchführungsvorschriften zum Ernennungserlaß, wonach bei den Versetzungen in den Ruhestand und Entlassungen gemäß §§ 60, 61 und 63 DBG. besondere Urkunden auszufertigen sind, haben nur die Bedeutung von Soll-

34) Vgl. RGZ 141, 240 ff.; RG in Sievers a. a. O. S. 429. Siehe nunmehr auch 2. DVO. zu § 70 DBG.

35) So gehen z. B. die §§ 57, 58 oder 59 dem Entlassungsgrund nach § 60 oder § 63, § 63 wiederum dem § 60 des DBG. vor. Grundsätzlich sind die Mußvorschriften vor den Kannvorschriften anzuwenden. Von dem allgemeinen Tatbestand des § 61 DBG. ist gegenüber einem besonderen Tatbestand des Gesetzes abzusehen. Bei der Vielgestaltigkeit der Beendigungsgründe ist in jedem Einzelfalle des Zusammentreffens mehrerer Tatbestände eine besondere Prüfung nötig. Eine erschöpfende Darstellung der in diesem Zusammenhang auftauchenden Fragen würde hier offenbar zu weit führen.

36) Die einzige Ausnahme enthält die 2. DVO. zu § 2 DBG. Ziff. 5 S. 2.

vorschriften, deren Verletzung, vorausgesetzt daß eine gewöhnliche schriftliche Beendigungsverfügung ergeht, die Rechtswirksamkeit der Beendigung des Beamtenverhältnisses nicht berührt. Ebensowenig haben die nach Ziffer VI Abs. 1 der Durchführungsvorschriften in die förmlichen Urkunden über die Beendigung des Beamtenverhältnisses aufzunehmenden Worte „Im Namen des Deutschen Volkes" oder „Im Namen des Führers und Reichskanzlers"[37]) zwingenden Rechtscharakter.

Die schriftliche Verfügung über die Entlassung des Beamten oder seine Versetzung in den Ruhestand ist nach den Vorschriften der RDStO. förmlich zuzustellen. Die Zustellung kann jedoch ersetzt werden durch die Eröffnung der Verfügung unter Anfertigung einer Niederschrift (DVO. zu § 66 DBG., § 163 DBG.). Für die Zurruheversetzungsverfügung weist das Gesetz nicht ausdrücklich, wie für die Entlassungsverfügung in der DVO. zu § 66 DBG., auf die Anwendung des § 163 DBG. hin. Daraus darf aber nicht der unbegründete Schluß gezogen werden, daß mangels ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung für die Verfügungen, die in den Ruhestand versetzen, formlose Mitteilung genügt, vielmehr ist für diese die DVO. zu § 66 DBG. entsprechend anzuwenden.

§ 5

Beendigung durch Urteil.

Außer de facto, de iure und durch Verwaltungsakt kann endlich das Beamtenverhältnis durch gerichtliche Entscheidung sein Ende nehmen.

Treffend bezeichnet Seel[38]) das DBG. als „Magna charta der Pflicht". Die Pflicht ist Ausgangspunkt und Ziel des Beamtenverhältnisses. Ihre rechtliche Bedeutung kommt im besonderen darin zum Ausdruck, daß ihre Verletzung nicht nur die Nachteile mit sich bringt, die jeden anderen innerhalb eines Vertrages zu Diensten verpflichteten Volksgenossen auch treffen, sonderen darüber hinaus schlechthin Bestrafung als Rechtsfolge auslöst. Jede rechtlich erhebliche schuldhafte Pflichtverletzung, an die das Beamtenrecht

37) Siehe die Änderung durch die VO. vom 23. 3. 1938 Abs. 3 (RGBl. I S. 324).
38) Seel in DtVerw. 1937 S. 45.

Dienststrafe knüpft, bezeichnet das Gesetz als „Dienstvergehen". Ebensowenig wie die aus dem Beamtenverhältnis erfließenden Pflichten des Beamten lassen sich auch die Pflichtverletzungen erschöpfend aufzählen, woraus sich die allgemeine Fassung des § 22 DBG. erklärt. Ob eine Pflichtverletzung vorliegt oder nicht kann nur der Einzelfall ergeben. Dabei muß immer die Tatsache gegenwärtig sein, daß der Beamte in seinem ganzen Tun und Unterlassen sich stets innerhalb des Beamtenverhältnisses bewegt[39]) und eine Unterscheidung zwischen inner- und außerdienstlichem Verhalten, wie es das Dienststrafrecht vor Inkrafttreten der RDStO. vielfach kannte, nicht zu Grunde gelegt werden darf. Mehrere Pflichtverletzungen können dem Grundsatz von der „Einheitlichkeit des Dienstvergehens" gemäß nur einheitlich beurteilt und entschieden werden[40]).

Zweck der Strafe[41]) ist neben Sühne und Abschreckung zunächst der, den Beamten zu erziehen, seine gegenüber der Volksgemeinschaft, seiner Auftraggeberin, übernommenen Pflichten getreu zu erfüllen. Bei Aussichtslosigkeit dieses Erziehungsversuches, die vornehmlich bei schwersten Verstößen gegen die Dienst- und Treuepflichten unterstellt werden muß, trifft den Beamten die härteste Dienststrafe, nämlich die Entfernung aus dem Dienst[42]). Der Beamte wird hier durch Urteil aus der Beamtengemeinschaft ausgestoßen, weil er durch sein pflichtwidriges Verhalten sich im vollen Umfang des Vertrauens der Volksgemeinschaft begeben hat, ihre politischen Lebensbelange für die Zukunft als Beamter ordnungsgemäß zu wahren. Der vom Gesetzgeber geprägte einheitliche Begriff „Entfernung aus dem Dienst" bezeichnet den einzigen Fall der Beendigung des Beamtenverhältnisses durch Richterspruch.

In ihrer Rechtsnatur als Urteil kann die Entfernung aus dem Dienst nur durch unabhängige allein dem Gesetz unterworfene Ge-

39) PrOVG. 77, 518; 85, 541; 86, 452; RVerwBl. 58 S. 245/7.

40) Vgl. Wittland RDStO. a. a. O. S. 157/8; Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 431.

41) Vgl. Wittland RDStO. a. a. O. S. 12.

42) O. Mayer a. a. O. II S. 241 bezeichnet die Dienststrafe als „poena medicinalis". Zu Unrecht spricht Meyer-Anschütz (a. a. O. S. 606) der Dienststrafe schlechthin die Natur einer solchen poena medicinalis ab. Richtig ist, daß nur insoweit, als es sich um die Dienststrafe der Entfernung aus dem Dienst handelt, „der Gesichtspunkt der Besserung überhaupt nicht in Frage" steht.

richte ausgesprochen werden. In diesem Sinne bestehen eigene Dienststrafgerichte und zwar für den Regelfall zwei Stufen, die Dienststrafkammern und der Reichsdienststrafhof (§§ 31 ff. RDStO.). Diese Dienststrafgerichte gehören der Verwaltungsgerichtsbarkeit an, weshalb sie auch im wesentlichen den Verwaltungsgerichten angegliedert sind[43]). Eine Ausnahme stellen lediglich die für die Beamten der Reichsjustizverwaltung zur Aburteilung von Dienstvergehen, die „in oder bei Ausübung der Rechtspflege" begangen sind, im Arm der Justiz eingerichteten besonderen Dienststrafgerichte dar. Es handelt sich hier um die bei den Oberlandesgerichten gebildeten Dienststrafkammern und den beiden Dienststrafsenaten des Reichsgerichts (§§ 109, 110 RDStO.).

Das zur Beendigung des Beamtenverhältnisses führende Dienststrafurteil der genannten Dienststrafgerichte ist ein Urteil besonderer Art[44]). Nur einige Gesichtspunkte, die die Eigenart des Dienststrafurteils vor allem gegenüber dem kriminellen Strafurteil und dem Strafurteil der Ehrengerichtsbarkeit veranschaulichen, können in diesem Zusammenhang angedeutet werden. Das allgemeine Strafrecht bestraft den Volksgenossen, der gegen die völkische Rechtsordnung verstößt. Das Dienstvergehen des Beamten ist nicht auch ein unmittelbarer Verstoß gegen diese völkische Rechtsordnung, sondern eine Verletzung der vom Beamten dem Führer und Reich besonders versprochenen und durch den Eid ausdrücklich versicherten Pflichten im Rahmen seines völkischen Auftrags. Die Strafe der Ehrengerichtsbarkeit wiederum stellt die Ahndung der regelmäßig nur einer auf der Volksgemeinschaft aufgebauten engeren Gemeinschaft etwa einem Stande gegenüber übernommenen Pflichten dar. Wenn das allgemeine Strafrecht die allgemeine völkische Gefolgschaftstreue sichert, dann sichert das Dienststrafrecht die besondere Treue einer engeren Gefolgschaftsgliederung[45]), wobei allerdings

43) Siehe das Verzeichnis der auf Grund § 32 S. 1 RDStO. gebildeten 25 Dienststrafkammern des Reiches in Anl. 1 zur DVO. der RDStO. Die Einrichtung des Reichsdienststrafhofes ist beim künftigen Reichsverwaltungsgericht vorgesehen (§ 41 RDStO.). Bis zur Bildung des Reichsverwaltungsgerichts ist der Reichsdienststrafhof eine selbständige Behörde mit dem Sitz in Berlin.

44) Laforet a. a. O. S. 11/2 Anm. 6 und S. 9. „Die herrschende Meinung ging früher dahin, daß das Dienststrafrecht ein Sonderstrafrecht des Beamten sei" (so Anschütz-Thoma a. a. O. S. 50). Längst hat die herrschende Lehre diesen Standpunkt verlassen. Vgl. auch v. Seydel-Piloty a. a. O. Bd. 1 S. 788 ff.

45) So Reuß in JW. 1937 S. 1768.

nicht übersehen werden darf, daß in beiden Fällen letztlich die Sicherheit zum Schutz der Volksgemeinschaft dient[46]). Das Dienststrafurteil ist eine unabhängige Entscheidung im Arm teils der Verwaltung, teils der Justiz, das kriminelle Strafurteil dagegen ein Urteil ausschließlich im Arm der Justiz und endlich gehört die Bestrafung durch ein Ehrengericht, mit Ausnahme der sozialen Ehrengerichtsbarkeit, zwar auch dem Arm der Verwaltung im besonderen aber und ausnahmslos dem Recht der Selbstverwaltung an. Schließlich herrscht im Strafverfahrensrecht das Legalitätsprinzip, im Dienststrafverfahren dagegen der Ermessensgrundsatz (Opportunitätsprinzip), d. h. nach § 3 RDStO. befindet die das Verfahren einleitende zuständige Behörde nach pflichtmäßigem Ermessen darüber, ob bei Vorliegen eines Dienstvergehens im Sinne des § 22 DBG. die Dienststrafgewalt überhaupt und deshalb auch mit dem Ziele der Beendigung des Beamtenverhältnisses ausgeübt werden soll[47]). In diesem Ermessen kann die zuständige Behörde im Wege der Überordnungsgewalt bestimmend beeinflußt werden. Dem Ermessen der das Dienststrafverfahren einleitenden Behörde gegenüber steht jedoch dem Dienststrafgericht nicht ebenso das Recht zu, nach pflichtmäßigem Ermessen von einer dienststrafrechtlichen Entscheidung und damit auch von der Strafe der Entfernung aus dem Dienst Abstand zu nehmen, vielmehr ist dieses nach eingeleitetem Verfahren verpflichtet, jedenfalls ein unabhängiges, der wahren Rechtslage entsprechendes Urteil zu fällen.

Trotz seiner besonderen Art hat das Dienststrafurteil dennoch offenbar wesentliche Berührungspunkte[48]) mit den übrigen Strafurteilen. Eigens soll nur noch hervorgehoben sein, daß der Ausspruch des Dienststrafgerichts in gewissem Sinne ein Rechtsetzungsakt ist, wie das Strafurteil.

---

46) Vgl. Wittland RDStO. a. a. O. S. 12.

47) Als nicht im Sinne der Gesetzgebung gelegen lehnt das PrOVG. 95, 251 (JDR. 1936 S. 30; JW. 1935 S. 2999) mit Recht eine Verwirkung des Dienststrafanspruchs des Staates durch Verzicht eines Vorgesetzten auf die Geltendmachung dieses Anspruchs ab. Jeden Dienstvorgesetzten bis zur höchten Behörde erklärt das PrOVG. für berechtigt, jederzeit die Verfolgung von Dienstvergehen zu betreiben, auch wenn ein vorher zuständig gewesener Dienstvorgesetzter auf die Verfolgung verzichtet hat. Vgl. auch Spruth in BJB. 1935 S. 598.

48) Berührungspunkte zwischen Dienststrafurteil und kriminellem Strafurteil verneint überhaupt Stock in „Entwicklung und Wesen der Amtsvergehen", 1932. Vgl. demgegenüber Wittland in DtJust. 1936 S. 1599 und 1937 S. 238.

§ 6

Rechtsinhalt der Beendigung.

Aus der besonderen Rechtsnatur des Beamtenverhältnisses erklärt sich der besondere Rechtsinhalt seiner Beendigung. Das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis und das öffentlich-rechtliche Treueverhältnis bilden die beiden begriffswesentlichen Bestandteile des einheitlichen Beamtenverhältnisses. Entfällt nur einer dieser beiden Wesensbestandteile, so tritt die Beendigung des Beamtenverhältnisses ein. Bei der Begründung des Beamtenverhältnisses verpflichtet sich der Beamte dem Führer „Treue bis zum Tode zu halten" (§ 3 DBG.). Wenn somit der Führer den Beamten nicht schon zu seinen Lebzeiten seiner Treuepflicht ihm gegenüber entbindet, kann das Treueverhältnis und damit das Beamtenverhältnis aus diesem Gesichtspunkt heraus nur durch den Tod des Beamten[49]) beendet werden[50]). Die vom DBG. ausdrücklich festgelegten Beendigungsgründe, mit Ausnahme des Todes des Beamten, und der Untergang des unmittelbaren Dienstherrn ohne Rechtsnachfolge können demnach nur die Beendigung des Dienstverhältnisses herbeiführen[51]), wobei allerdings diese Beendigung des Dienstverhältnisses, trotz Fortdauer des Treueverhältnisses zur Beendigung des Beamtenverhältnisses genügt. Lediglich dann, wenn der Beamte stirbt, fällt die Beendigung des Dienstverhältnisses mit der des Treueverhältnisses zusammen und führen gemeinsam zur Auflösung des Beamtenverhältnisses. Der Rechtsinhalt der Beendigung des Beamtenverhältnisses ist infolgedessen darnach verschieden, ob die Beendigung nur auf Grund des Wegfalls des Dienstverhältnisses bei Fortbestehen des Treueverhältnisses einerseits oder der Auflösung sowohl des Dienst- wie des Treueverhältnisses andererseits beruht.

---

49) Nicht erlischt das Treueverhältnis und deshalb das Beamtenverhältnis beim Tode des Führers, sondern gerade in diesem Falle muß die Treuepflicht des Beamten „bereit sein, sich in voller Unbedingtheit zu bewähren"; so Weber in DJZ. 1936 Sp. 279 ff.

50) Daraus ergibt sich unter anderem, daß bei einer nachmaligen Ernennung eines früheren Beamten eigentlich nur mehr das Dienstverhältnis erneut begründet zu werden bräuchte, da das Treueverhältnis noch seit der ersten Ernennung des Beamten besteht. Es muß aber wohl angenommen werden, daß in jedem Falle einer späteren Neubegründung eines Beamtenverhältnisses das Treueverhältnis zum Führer „erneuert" wird.

51) Unrichtig ist daher die Ansicht von Seel (a. a. O. S. 158), wonach ledig-

§ 7

Rechtswirksamkeit der Beendigung.

Der Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit ist nicht nur bei Begründung des Beamtenverhältnisses, sondern gerade auch bei dessen Beendigung vornehmlich im Hinblick auf die Rechtsfolgen derselben von einschneidender beamtenrechtlicher Bedeutung. Entsprechend der verschiedenartigen Rechtsnatur der Beendigung des Beamtenverhältnisses kann ebenfalls die Frage, wann die Beendigung rechtswirksam eintritt, nicht einheitlich beantwortet werden. Ihrer Betrachtung soll die für die Darstellung der Rechtsnatur der Beendigung des Beamtenverhältnisses getroffene Einteilung zu Grunde gelegt werden.

Schon aus dem Begriff der Beendigung de facto folgt, daß diese nicht früher oder später rechtswirksam eintreten kann, als in dem Zeitpunkt, in welchem der tatsächliche oder rechtliche Vorgang, der zur Beendigung des Beamtenverhältnisses führt, abgeschlossen vorliegt.

Auch bei der Beendigung de iure kommt es für den Eintritt der Rechtswirksamkeit derselben entscheidend darauf an, wann die Tatsachen gegeben sind, an die das Gesetz das Ende des Beamtenverhältnisses knüpft. Indessen fällt nur bei den Tatbeständen der §§ 53, 69 und 77 Abs. 3 DBG. ausnahmslos der Eintritt der Beendigungstatsache (Rechtskraft des Strafurteils, Zeitablauf, Übertragung eines neuen Amts) und der Eintritt der Beendigung des Beamtenverhältnisses zeitlich zusammen. In den §§ 51 und 68 DBG. bestimmt das Gesetz zwingend als Zeitpunkt für die Beendigung des Beamtenverhältnisses den Ablauf des Tages an dem der Beamte des Reichsbürgerrechts verlustig geht und das Ende des Monats, in dem er die gesetzliche oder durch Verwaltungsakt hinausgeschobene (§ 68 Abs. 2 DBG.) Altersgrenze erreicht. Schließlich überläßt es das Gesetz in § 52 DBG. dem pflichtmäßigen Ermessen der obersten Dienstbehörde des Beamten, neben der endgültigen Entscheidung darüber, ob die Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 DBG. vorliegen,

---

lich bei Versetzung in den Ruhestand „nur das Dienst-, nicht aber das Treueverhältnis des Beamten“ dagegen „in den anderen Fällen das Beamtenverhältnis in allen seinen Beziehungen“ erlöschen soll.

auch endgültig den Tag der Beendigung de iure festzulegen. Dabei kann die Behörde einen späteren, wie auch einen in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt bestimmen[52]) und so im letzteren Falle im Gegensatz zur Begründung des Beamtenverhältnisses dieses mit rückwirkender Kraft beenden.

Im Rahmen der Beendigung durch Verwaltungsakt ist im wesentlichen von der Prüfung der Fragen auszugehen, ob der rechtswirksame Eintritt der Beendigung des Beamtenverhältnisses mit der Wirksamkeit des beendigenden Verwaltungsaktes zusammenfällt, ihr nachfolgt oder im Wege der Rückwirkung vorausgehen kann, ferner inwieweit der Gesetzgeber den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Beendigung des Beamtenverhältnisses von sich aus zwingend festlegt, er eine vom Gesetz abweichende Bestimmung durch die Behörden zuläßt und ob er hierbei dem Beamten die Möglichkeit einer Einflußnahme auf diese Bestimmung gibt. Für die §§ 57, 59, 67 Abs. 2 und 68 Abs. 3 DBG. findet sich im Gesetz überhaupt keine besondere Regelung über den Eintritt der Rechtswirksamkeit der Beendigung. Hier fallen Eintritt der Rechtswirksamkeit der Beendigungsverfügung wie der Zeitpunkt der Beendigung des Beamtenverhältnisses zusammen[53]). Daß es bei diesen Tatbeständen der die Beendigung verfügenden Behörde verwehrt ist, einen abweichenden Zeitpunkt für die Beendigung zu bestimmen, ergibt sich aus den Umständen, die über die genannten Vorschriften zur Beendigung des Beamtenverhältnisses führen und nicht zuletzt aus § 62 Abs. 1 DBG., worin der Gesetzgeber erkennen läßt, daß eine behördliche Festlegung des Zeitpunktes des Eintritts der Beendigung nur zulässig sein soll, wenn dies aus dem Gesetz unzweideutig folgt. Insofern sind auch die §§ 58, 63 Abs. 4, 75 Abs. 4 S. 3 und 77 Abs. 2 DBG. von zwingender Natur, d. h. das Gesetz bestimmt hier zwingend einen, abgesehen von § 58 DBG., auf den rechtswirksamen Erlaß der Beendigungsverfügung folgenden Zeitpunkt für den Eintritt der Beendigung des Beamtenverhältnisses. Im Falle des § 58 DBG. muß, wenn die Dienstzeit bereits abgelaufen ist, ohne daß der Beamte seiner Pflicht nach § 29 Abs. 3 genügte, die Beendigung des

52) Dies mit der Begründung, die Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 DBG. hätten schon zu diesem früheren Zeitpunkt vorgelegen; vgl. Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 929.

53) Vgl. PrOVG. 77, 507 und v. Brauchitsch a. a. O. S. 546.

Beamtenverhältnisses gegebenenfalls rückwirkend auf diesen Zeitpunkt verfügt werden[54]). Wenn das Gesetz in den §§ 62 Abs. 1, 72 Abs. 1 Hs. 2, 3 und 78 Abs. 2 S. 2 DBG. ebenfalls einen Zeitpunkt für den Eintritt der Wirksamkeit der Beendigung festlegt, so läßt es doch gleichzeitig eine auf Grund pflichtmäßigen Ermessens zu treffende abweichende Bestimmung durch die Behörde zu, welche die Beendigung des Beamtenverhältnisses verfügt. Dabei kann freilich eine Abweichung vom Gesetz in den Fällen des § 78 Abs. 2 DBG., nämlich den §§ 70, 71, 72 Abs. 1 Hs. 1, 76 Abs. 1 und 2 und 77 Abs. 1 DBG., nur dann verfügt werden, wenn es der Beamte beantragt oder wenn seine ausdrückliche Zustimmung vorliegt (§ 78 Abs. 2 S. 2 DBG.). Mit Ausnahme von diesem Antrags- oder Zustimmungsrecht des Beamten beschränkt sich seine Einflußnahme auf die Festlegung eines von den genannten nachgiebigen gesetzlichen Bestimmungen abweichenden Zeitpunktes für die Wirksamkeit der Beendigung des Beamtenverhältnisses auf die Einwirkungsmöglichkeit auf das pflichtmäßige Ermessen der verfügenden Behörde. Im Falle des § 60 DBG. endlich soll dem Rechtsanspruch gemäß, den das Gesetz dem die sofortige Entlassung beantragenden Beamten gewährt, die Beendigung des Beamtenverhältnisses möglichst auch mit sofortiger Wirkung verfügt werden[55]). Die Bestimmung des genauen Zeitpunktes der Beendigung legt das Gesetz jedoch in das pflichtmäßige Ermessen der entlassenden Behörde, die darüber zu befinden hat, ob die ordnungsmäßige Erledigung der Amtsgeschäfte des Beamten dessen Entlassung rechtfertigt. Dem Zweck dieser vorbeugenden Regelung des Gesetzes entspricht es, wenn die Entlassungsverfügung erst ergeht, falls seitens der Behörde in dieser Richtung keine Bedenken mehr bestehen und dann aber mit der Verfügung die sofortige Rechtswirksamkeit der Beendigung des Beamtenverhältnisses verbunden wird.

Eine von einer zwingenden Vorschrift des Gesetzes abweichende Bestimmung des Zeitpunktes für den rechtswirksamen Eintritt der Beendigung des Beamtenverhältnisses ist unwirksam. Es greift hier das zwingende Gesetz so Platz, wie wenn die verfügende Behörde

54) Es handelt sich hier um den einzigen Fall einer im Rahmen der Beendigung durch Verwaltungsakt zulässigen Beendigungsverfügung mit rückwirkender Kraft.

55) Wenn nicht ein Tatbestand der DVO. zu § 60 DBG. vorliegt.

überhaupt keine diesem widersprechende Regelung getroffen hätte.

Was endlich die Beendigung des Beamtenverhältnisses durch dienststrafrechtliches Urteil betrifft, so wird diese mit der Rechtskraft der Entscheidung rechtswirksam. Die Rechtskraft tritt ein, wenn das Urteil der Dienststrafkammer verkündet oder zugestellt wird und die Rechtsmittelfrist von zwei Wochen (§ 67 RDStO.) ungenützt verstreicht, der Verurteilte auf die Einlegung des Rechtsmittels der Berufung verzichtet oder die bereits eingelegte Berufung wieder zurücknimmt (§ 76 RDStO.). Die Urteile des Reichsdienststrafhofes, gegen die kein Rechtsmittel mehr zulässig ist, werden bereits mit der Verkündung rechtskräftig (§ 77 RDStO.). Das rechtskräftige Dienststrafurteil auf Entfernung aus dem Dienst braucht nicht vollstreckt zu werden. Es ist ein Gestaltungsurteil und führt die Beendigung des Beamtenverhältnisses ohne weiteres herbei. In der Urteilsformel kann für die Rechtswirksamkeit der Beendigung des Beamtenverhältnisses kein vor oder nach dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils gelegener Zeitpunkt festgesetzt werden, wie sich eindeutig aus § 102 RDStO. und der DVO. zu § 102 RDStO. ergibt.

§ 8

Rechtsstellung des Beamten auf Grund der Beendigung.

Mit dem Eintritt der rechtswirksamen Beendigung des Beamtenverhältnisses finden die Rechtsbeziehungen zwischen Dienstherrn und Beamten weitgehend ihr Ende. Der Beamte verliert, gleichgültig aus welchen Gründen die Beendigung erfolgt, zunächst uneingeschränkt seine Beamteneigenschaft, sein Amt einschließlich Nebenämter und Nebenbeschäftigungen (§ 13 DBG.), grundsätzlich seine Amtsbezeichnung und Amtstitel, die Dienstbezüge und alle übrigen mit diesen Rechten verbundenen beamtenrechtlichen Vorteile. Trotzdem der Beamte aber seine allgemeine Rechtsstellung als Beamter einbüßt, verbleibt ihm oder entsteht ihm dennoch neu, je nach den Gründen, die zur Beendigung des Beamtenverhältnisses führen, ein Inbegriff von Rechten. Diesen gegenüber obliegen dem Beamten auch nach der Beendigung des Beamtenverhältnisses aus dessen Natur sich ergebende Pflichten.

Nur das Recht auf ein Dienstzeugnis gemäß § 41 DBG. steht allen Beamten gleichmäßig zu und unabhängig davon, aus welchen Gründen ihr Beamtenverhältnis beendet wurde. Auf ein Dienstzeugnis „über Art und Dauer" der von ihnen bekleideten Ämter[56]) haben alle aus dem Beamtenverhältnis scheidenden Beamten einen Rechtsanspruch[57]), der freilich nach herrschender Lehre[58]) im Rechtsweg nicht verwirklicht werden kann. Allein Seel[59]) legt, und dies zu Unrecht, dem Rechtsanspruch aus § 41 DBG. vermögensrechtlichen Charakter bei und vertritt deshalb die Möglichkeit einer Klage nach § 142 DBG. In diesem Recht auf ein Dienstzeugnis und in etwaigen bereits entstandenen vermögensrechtlichen Ansprüchen gegen den Dienstherrn[60]) erschöpfen sich im wesentlichen die dem Beamten auf Grund seines Ausscheidens oder seiner Entfernung aus dem Dienst verbleibenden oder neu entstehenden Rechte (§ 56 DBG., § 8 RDStO.). Die Rechte gegen den Dienstherrn, die bei Beendigung des Beamtenverhältnisses infolge des Todes des Beamten entstehen, können sich naturgemäß nur auf dessen Hinterbliebene erstrecken. Das DBG. führt diese Rechte abschließend auf (§§ 92 ff., §§ 107 ff. DBG.). Für die Rechtsstellung des entlassenen Beamten kommt es im besonderen darauf an, aus welchen Gründen die Entlassung erfolgt. Diese sind zunächst entscheidend dafür, ob die oberste Dienstbehörde dem Beamten nach pflichtmäßigem Ermessen die Rechte in § 37 Abs. 2 S. 7 und Abs. 3 DBG. zubilligt. Von ihnen ließ sich der Gesetzgeber im besonderen Maße auch bei den Bestimmungen der §§ 62 Abs. 2 und 3, 64 und 76 Abs. 3 DBG. leiten. Ferner ist in diesem Zusammenhang auf die §§ 108 Ziff. 2, 121 und 122 DBG. zu verweisen. Als vom Gesetzgeber außerhalb des DBG. festgelegte Rechtsfolge sind schließlich bei Entlassung des Beamten die §§ 1242 a RVO. und 18 AVG. von großer Bedeutung. Aus dem Zusammenhalt dieser Bestimmungen mit dem ergänzend, d. h. einschränkend, heranzuziehenden § 141 Abs. 2 DBG. ergibt sich, daß

56) Nicht aber über Führung und Leistung.

57) Vgl. Amtl. Begr. zu § 41 DBG. Nach bisherigem Recht bestand kein Rechtsanspruch des Beamten auf Erteilung eines Dienstzeugnisses. Vgl. Entsch. des PrKompKH. in DJZ. 1906 Sp. 659; OLGR 20, 203; Daniels a. a. O. S. 151.

58) Brand a. a. O. S. 387, 633; Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 109, 783.

59) Seel a. a. O. S. 128, 237.

60) Rückständige Dienstbezüge, Aufwandsentschädigungen, Unfallfürsorge wegen eines bereits erlittenen Dienstunfalls usw.

nur in den Fällen der Entlassung, ausschließlich § 63 DBG., eine Nachversicherungspflicht des Dienstherrn im Rahmen der RVO. und des AVG. in Frage kommt[61]). Auf sie hat der entlassene Beamte einen Rechtsanspruch. Am günstigsten ist endlich dem Zweck und Wesen des Ruhestands entsprechend die Rechtslage des Ruhestandsbeamten. Mit Beendigung des Beamtenverhältnisses verwandelt sich seine bisherige Anwartschaft auf Versorgung in einen im Wege des §142 DBG. erzwingbaren Rechtsanspruch auf die ihm nach dem Gesetz zustehenden Versorgungsbezüge (§§ 78 Abs. 3, 79 ff. DBG.). Außerdem hat er einen Rechtsanspruch auf Beibehaltung seiner Amtsbezeichnung, zu der lediglich der Zusatz „a. D." treten muß, und seiner im Amt verliehenen Titel (§ 37 Abs. 2 S. 4 DBG.). Nach pflichtmäßigem Ermessen kann ihm die oberste Dienstbehörde zudem das Recht des § 37 Abs. 3 DBG. zusprechen.

Diesen Rechten stehen auch für die Zeit nach Beendigung des Beamtenverhältnisses bedeutsame Pflichten des Beamten gegenüber[62]). Bis zu seinem Tod befindet sich der Beamte, ohne Unterschied aus welchem Grunde sein Beamtenverhältnis endet, in einem Treueverhältnis zum Führer. Aus diesem Treueverhältnis obliegen dem Beamten ungeachtet der Beendigung des Beamtenverhältnisses teils kraft ausdrücklicher Regelung des Gesetzes unmittelbare Pflichten (§§ 8 Abs. 1 und 4, 15, 128 Abs. 1 Ziff. 2, 135, 132 DBG., Unterlassen staatsfeindlicher Betätigung gemäß § 22 Abs. 1 und Nr. 1 der DVO. zu § 22 DBG.), teils ergeben sich Pflichten ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung allein aus dem Treueverhältnis. Indessen zieht das Gesetz nur den Ruhestandsbeamten wegen einer Pflichtverletzung sofort zur beamtenrechtlichen[63]) Verant-

61) Dabei spielt es nach der auf die VO. vom 4. 10. 1930 (RGBl. I S. 459) zurückgehenden zur Zeit noch geltenden alten Fassung des § 1242 a RVO. und des § 18 AVG. keine Rolle, aus welchen gesetzlichen Gründen die Entlassung verfügt wird. Eine Änderung steht auf Grund des Gesetzes vom 21. 12. 1937 (RGBl. I S. 1593) bevor, das allerdings durch die noch ausstehende VO. des Reichsarbeitsminister erst in Vollzug gesetzt werden muß. Nach dem genannten Gesetz hat die Nachversicherung grundsätzlich zur Voraussetzung, daß der Beamte „in Ehren" aus dem Beamtenverhältnis ausscheidet.

62) Auf die strafrechtliche und amtshaftungsrechtliche Verantwortlichkeit des Beamten für seine auf die Zeit des Bestehens des Beamtenverhältnisses zurückgehenden Handlungen soll hier nicht näher eingegangen werden. Sie bleibt auch nach Benedigung des Beamtenverhältnisses aufrechterhalten.

63) Neben etwaiger zivilrechtlicher oder strafrechtlicher (z. B. § 353 b StGB.) Verantwortung, der auch die übrigen ehemaligen Beamten unmittelbar ausgesetzt sind.

wortung (§ 22 Abs. 1 S. 2 DBG.). Die Verletzung der wichtigen noch nach der Beendigung des Beamtenverhältnisses fortdauernden Pflichten „gilt" aber auch bei den übrigen früheren Beamten als „Dienstvergehen"", was § 2 RDStO. ausspricht[64]). Während jedoch ein Ruhestandsbeamter wegen eines solchen „Dienstvergehens kraft gesetzlicher Fiktion" unverzüglich im förmlichen Dienststrafverfahren verfolgt werden kann, ist die Verfolgung und Bestrafung eines anderen ehemaligen Beamten nur möglich und zulässig, wenn er erneut zum Beamten ernannt wird. Die im Gesetz im Hinblick nicht nur auf die Rechte, sondern gerade auch auf die Pflichten besonders hervorgehobene Stellung des im Ruhestand befindlichen früheren Beamten ist der Grund dafür, daß ihn der Gesetzgeber ausdrücklich als Ruhestands b e a m t e n bezeichnet, ohne ihm jedoch die Beamteneigenschaft belassen zu wollen[65]).

§ 9

Die fehlerhafte Beendigung des Beamtenverhältnisses.

Wie der Ernennung des Beamten ein rechtlich einwandfreier Verwaltungsakt zu Grunde liegen muß, so setzt auch die Beendigung des Beamtenverhältnisses einen von Verstößen gegen das Recht freien Rechtsvorgang voraus. Im Gegensatz zur Begründung enthält das Gesetz für die fehlerhafte Beendigung des Beamtenverhältnisses keine ausdrückliche Regelung. Diese Lücke des Gesetzes darf nach unbestrittener Lehre keinesfalls durch entsprechende Anwendung der §§ 32 ff. DBG. geschlossen werden. Vielmehr ist zur Lösung der Fragen, die die fehlerhafte Beendigung des Beamtenverhältnisses mit sich bringt, auf die allgemeine Verwaltungslehre über den mangelhaften Verwaltungsakt unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Beamtenrechts zurückzugreifen.

1. Die Beendigung de facto und de iure.

Die unter den Begriffen de facto und de iure zusammengestellten Beendigungsfälle können niemals fehlerhaft sein. Die Beendi-

64) Nadler-Wittland-Ruppert (a. a. O. S. 428, 441) prägt für diese auf Grund § 2 RDStO. als „Dienstvergehen geltenden" Pflichtverletzungen des Beamten den Begriff des „Dienstvergehens im erweiterten Sinne".

65) Vgl. Brand in Nipperdey a. a. O. S. 245.

gung des Beamtenverhältnisses wird hier durch Tatsachen oder kraft Gesetzes, also unabhängig von einer öffentlich-rechtlichen Willenserklärung einer Behörde oder einer gerichtlichen Entscheidung, die allein Mängeln ausgesetzt sein können, herbeigeführt. Tatsachen und Gesetz sind, soweit sie unmittelbar die Beendigung des Beamtenverhältnisses bewirken, jeder vom Recht mißbilligten Einflußnahme seitens einer Behörde, des betroffenen Beamten oder eines Dritten entzogen. Eine fehlerhafte Beendigung de facto oder de iure ist somit begrifflich ausgeschlossen.

Doch kann der Verwaltungsakt, der den Verlust des Reichsbürgerrechts des Beamten zum Gegenstand hat (§ 51 DBG.), die Entscheidung der obersten Dienstbehörde nach § 52 Abs. 2 DBG. oder das Strafurteil im Sinne des § 53 DBG. fehlerhaft sein und es fragt sich, von welch rechtlicher Bedeutung diese Fehlerhaftigkeit ist. Ist der das Reichsbürgerrecht entziehende Verwaltungsakt, die Entscheidung der obersten Dienstbehörde nach § 52 DBG. oder das Strafurteil im Sinne des § 53 DBG. auf Grund von Mängeln von Anbeginn nichtig, dann ist auch wegen Fehlens der erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen in all diesen Fällen die Beendigung de iure nicht eingetreten. Sind diese Voraussetzungen jedoch trotz ihrer Fehlerhaftigkeit zunächst rechtswirksam, dann führen sie auch die Beendigung kraft Gesetzes herbei, ohne diese in ihrer vollen Rechtswirksamkeit irgendwie berühren zu können. Es taucht nun aber die Frage auf, ob bei erfolgreicher Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit der die Tatbestände der §§ 51, 52 und 53 DBG. bildenden Voraussetzungen[66]) und deren nachträglichem Wegfall das beendete Beamtenverhältnis nicht wieder neu ersteht. Für den Fall, in dem die Beendigung des Beamtenverhältnisses die rechtskräftige strafgerichtliche Verurteilung im Sinne des § 53 DBG. zur Voraussetzung hat und diese im Wege des Wiederaufnahmeverfahrens beseitigt wird, aber auch nur für diesen Fall, trifft das DBG. in § 55 selbst eine ausdrückliche Regelung darüber, inwieweit das erloschene Beamtenverhältnis neu belebt wird. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, § 55 DBG. nur dann gelten zu lassen, wenn die Voraus-

66) Wobei allerdings die Entscheidung nach § 52 DBG. endgültigen Charakter trägt und insoweit eine Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit nur unter erschwerten Umständen in Betracht kommt.

setzung des § 53 DBG., die die Beendigung des Beamtenverhältnisses kraft Gesetzes auslöste, nachträglich wegfällt. Vielmehr ist es gerechtfertigt, den Grundgedanken des § 55 DBG. im Wege entsprechender Anwendung auch auf die Tatbestände der §§ 51 und 52 DBG. auszudehnen. Trotzdem die Fehlerhaftigkeit in den genannten Voraussetzungen der Beendigungsfälle de iure die Beendigung selbst, wie dargestellt, nicht fehlerhaft macht und machen kann, ist somit diese Fehlerhaftigkeit nicht ohne Bedeutung für die rechtswirksame Beendigung des Beamtenverhältnisses, sondern führt tatsächlich zu einem ähnlichen Ergebnis, wie wenn die bezeichneten Mängel die Beendigung de iure unmittelbar in ihrer Rechtsnatur erfassen würden.

Wird die Fehlerhaftigkeit des das Reichsbürgerrecht entziehenden Hoheitsaktes (§ 51 DBG.), der Entscheidung nach § 52 DBG. und des Urteils im Sinne des § 53 DBG. erfolgreich geltend gemacht, so erhält der zunächst ausgeschiedene Beamte die „rechtliche Stellung eines Wartestandsbeamten" (§ 55 Abs. 2 DBG.), d. h. das Beamtenverhältnis lebt, wenn auch ohne Amt, für ihn kraft Gesetzes wieder auf. Es mag dabei zweifelhaft erscheinen, ob ein gänzlich neues Beamtenverhältnis und zwar kraft Gesetzes und als Ausnahme der §§ 24 ff. DBG. begründet wird oder ob das ehedem beendete Beamtenverhältnis kraft Gesetzes fortgesetzt wird. Offensichtlich entspricht es der tatsächlichen und rechtlichen Wirklichkeit viel mehr, die Neubelebung des Beamtenverhältnisses als Fortsetzung des früher erloschenen und nicht als rechtlich völlig neue Begründung aufzufassen[67]). Das wiederbelebte Beamtenverhältnis ist nicht nur dem früheren nach Inhalt und Art gleich, sondern mit diesem „identisch", es ist dasselbe und die Zeit zwischen der Beendigung des Beamtenverhältnisses kraft Gesetzes und seiner Fortsetzung kraft Gesetzes ist als Unterbrechung besonderer Art des Beamtenverhältnisses anzusehen, die lediglich in finanzieller Hinsicht von Belang ist.

67) Darüber, ob eine neue Ernennungsurkunde auszuhändigen ist, herrscht Streit. Vom Standpunkt der rechtlichen Fortsetzung aus betrachtet, kann diese Frage nur verneint werden. Zu einer Verneinung kommen auch Brand a. a. O. S. 420 und ferner Wittland a. a. O. S. 825/6, während u. a. Koenig in BJB. 36 S. 443 die neuerliche Aushändigung einer Ernennungsurkunde verlangt. Vgl. auch Wittland in ZBR. 6 S. 2.

Ist das Beamtenverhältnis kraft Gesetzes beendet, so kann dies zur Klärung der Rechtslage nur festgestellt werden. Eine unrichtige Feststellung allein kann keinesfalls ein in Wirklichkeit rechtlich noch bestehendes Beamtenverhältnis in seinem weiteren rechtlichen Bestand beeinträchtigen, noch ein untergegangenes Beamtenverhältnis neubeleben.

2. Die fehlerhafte Beendigung durch Verwaltungsakt.

Die Beendigung des Beamtenverhältnisses durch Verwaltungsakt kann im Gegensatz zur Beendigung de facto und de iure mit den verschiedensten Mängeln behaftet sein. Je nach der Schwere ist, wenn die Mängel überhaupt rechtserheblich sind, die Rechtsfolge der Nichtigkeit oder die Möglichkeit der Anfechtung der fehlerhaften Beendigungsverfügung denkbar[68]). Zur Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit kann die verfügende und jede ihr übergeordnete Behörde und der betroffene Beamte berechtigt sein. Die Beseitigung der mit Willensmängeln behafteten Beendigungsverfügung ist jedoch, da diese einen einseitigen Verwaltungsakt darstellt, grundsätzlich nur durch die verfügende Behörde oder deren übergeordnete Stelle möglich, während in den Beendigungsfällen, die einen Antrag des Beamten voraussetzen, wiederum nur der Beamte, dessen Antrag rechtlich mangelhaft ist, diesen unter Umständen im Wege der Anfechtung rechtsunwirksam machen kann, um damit durch Entziehung der wesentlichen Voraussetzung der Beendigungsverfügung deren Rechtsunwirksamkeit herbeizuführen.

Von den Mängeln, die die Nichtigkeit der Beendigungsverfügung auszulösen geeignet sind, ist zunächst der Fall rechtlicher Unmöglichkeit zu erwähnen. Eine Beendigungsverfügung ist aber auch dann nichtig, wenn sie von einer schlechthin unzuständigen Behörde erlassen ist oder der Schriftlichkeit entbehrt, die ein wesentliches Erfordernis für die Rechtswirksamkeit bildet. Endlich tritt die Nich-

68) Die herrschende Lehre geht von dem Grundsatz aus, daß jeder Verwaltungsakt die Vermutung der Gültigkeit für sich hat. Daraus zieht sie den Schluß, daß der fehlerhafte Verwaltungsakt grundsätzlich anfechtbar und nur bei groben Verstößen gegen die Rechtsordnung nichtig ist. Vgl. W. Jellinek a. a. O. S. 259; Kormann a. a. O. S. 281; O. Mayer a. a. O. S. 95; Hatschek a. a. O. S. 102.

tigkeit einer Beendigungsverfügung ein, wenn sie in gröblichster Weise gegen die guten Sitten, d. h. „nach Inhalt, Beweggrund und Zweck gegen das gesunde Volksempfinden, wider das Billigkeits- und Anstandsgefühl gerecht denkender Volksgenossen verstößt"[69]). Diesen Rechtsmängeln[70]) stehen die Willensmängel einer Beendigungsverfügung gegenüber. Die Willensmängel, mögen sie nun ursächlich auf die Behörde zurückgehen oder auf den Beamten, machen die Beendigungsverfügung nicht von vornherein nichtig, sondern höchstens anfechtbar. Als Willensmängel, die die zuständige Behörde berechtigen, ihre Beendigungsverfügung anzufechten, d. h. zurückzunehmen, sind die Geisteskrankheit des als Vertreter der Behörde handelnden Beamten und, im Gegensatz zur Begründung des Beamtenverhältnisses, wesentlicher Irrtum hervorzuheben. Durchschlagende Anfechtungsgründe sind aber auch gegeben, wenn die Willensbildung der verfügenden Behörde durch arglistige Täuschung, Zwang oder Drohung von Seiten des Beamten veranlaßt wurde[71]).

In den Beendigungsfällen der §§ 60, 63, 70 und 77 Abs. 1 DBG. bildet der Antrag des Beamten eine wesentliche Voraussetzung für den Beendigungsakt. Seine Fehlerhaftigkeit kann im wesentlichen in gleicher Weise und aus denselben Gründen geltend gemacht werden, wie der fehlerhafte Antrag auf Ernennung. Fehlt ein Antrag oder ist dieser mangelhaft, dann ist auch die Beendigungsverfügung als mangelhaft zu bezeichnen. Eine ohne Antrag oder auf Grund eines wegen schwerster Mängel von Anbeginn nichtigen Antrags[72]) erlassene, dennoch aber auf die §§ 60, 63, 70 und 77 Abs. 1 DBG. gestützte, Beendigungsverfügung ist im vorhinein nichtig[73]). Der

---

69) Laforet a. a. O. S. 244.

70) Entlassungsverfügungen, die, abgesehen von dem Falle eines fehlenden oder nichtigen Antrags auf Beendigung, aus anderen als den angeführten Gründen rechtswidrig sind, beenden das Beamtenverhältnis zunächst. Vgl. RGZ 154, 191, 198; KompKGH in Beilage I zum GVBl. 1938.

71) Vgl. RG in Gruch. 71, 604; RGZ 124, 192 und in Recht 1930 Nr. 1926. Abweichend von Rechtsprechung und herrschender Lehre hält Mumm in BJB. 1937 S. 217 die Anfechtung einer Zurruheversetzungsverfügung in keinem Falle für zulässig. Mit Recht wendet sich gegen diese unbegründete Auffassung ausdrücklich Brand a. a. O. S. 328.

72) Vgl. RGZ 69, 398 und in Recht 12 S. 208.

73) RGZ 96, 305; in JW. 1930 S. 2216 f.; 1932 S. 492 Nr. 19 u. ZBR. 3 S. 25; PrOVG. 78, 51 ff.; Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 1534. Wenn Nadler-Wittland-Ruppert (a. a. O.) Nichtigkeit mangels Antrags nur im Falle der Ent-

Beamte ist nach wie vor Beamter. Fällt der trotz seiner Mangelhaftigkeit zunächst rechtswirksame Antrag fort, so wird gleichzeitig damit die Beendigungsverfügung rechtsunwirksam. Abgesehen davon, daß gemäß § 60 DBG. der Entlassungsantrag des Beamten innerhalb von zwei Wochen ohne behördliche Einwilligung zurückgenommen werden kann, besteht für den Beamten, wenn die Behörde mit dem nach Ablauf dieser Frist erfolgenden Widerruf des Antrags durch den Beamten nicht einverstanden ist, nur die Möglichkeit, den fehlerhaften Antrag anzufechten[74]). Als Anfechtungsgründe können nur Willensmängel des Beamten, die auf arglistiger Täuschung, Drohung, Zwang oder mangelnder Geschäftsfähigkeit beruhen, gerechtfertigt sein, niemals aber Irrtum schlechthin, besonders nicht Irrtum im Beweggrund[75]). Eine andere Frage ist, ob es der Treuepflicht des Dienstherrn entspricht, einen Beamten, der Anspruch auf Versetzung in den Ruhestand hat, aber Antrag auf Entlassung stellt, über seinen etwaigen Rechtsirrtum aufzuklären. Das Reichsgericht in Bd. 96 S. 302 ff. und namhafte Vertreter der Lehrmeinung[76]) bejahen diese Frage. In gleichem Sinne ist Brand[77]) zuzustimmen, der einen Verstoß der Behörde gegen ihre Fürsorgepflicht annimmt, wenn sie dem Entlassungsantrag des Beamten stattgibt, obwohl sie weiß, daß dieser den Antrag „im Zustande heftiger seelischer Erregung" gestellt hat[78]).

Durch die im Wege der Anfechtung erfolgreiche Geltendmachung

---

lassung annehmen will, nicht aber bei Verfügungen, die nach § 70 DBG. in den Ruhestand versetzen (a. a. O. S. 1095/6), so muß hierin eine nicht zu billigende Folgewidrigkeit erblickt werden. Nicht gerechtfertigt ist der Standpunkt von Sievers i. RVerwBl. 58, 10, wonach der fehlende Antrag die Rechtswirksamkeit einer nach dem Gesetz antragsbedingten Beendigungsverfügung überhaupt nicht berührt.

74) Neben Sievers in RVerwBl. 58 S. 210, der den Mangel an einem Antrag und somit auch dessen Fehlerhaftigkeit für die Rechtswirksamkeit des antragsbedingten Beendigungsaktes für unerheblich erklärt, verneinen nur die Anfechtbarkeit eines fehlerhaften Antrags Kormann a. a. O. S. 255 ff., Klüber im VArch. 31 S. 173 und 34 S. 386 ff., Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 1024; zweifelnd v. Hippel a. a. O. S. 112 f.

75) RGZ 148, 266; 141, 257; 126, 243; RVerwBl. 57 S. 340; Fischbach a. a. O. S. 456.

76) Siehe Anschütz-Thoma a. a. O. S. 24 f.

77) Brand a. a. O. S. 428.

78) Vgl. RGZ 126, 243; ebenso Nadler-Wittland-Ruppert a.a. O. S. 1025, wo mit Recht darauf hingewiesen wird, daß dieser Grundsatz nicht verallgemeinert werden darf. Vgl. aber auch die abweichende Entscheidung des RGZ in Bd. 141 S. 251 ff.

der Fehlerhaftigkeit der Beendigungsverfügung wird das fehlerhaft beendete Beamtenverhältnis wieder rechtswirksam. Dabei bedarf es aber der besonderen Feststellung, ob die Rechtswirkungen der Beseitigung der fehlerhaften Beendigungsverfügung und damit die Fortsetzung des vordem erloschenen Beamtenverhältnisses ex tunc oder ex nunc eintritt. Wird ein Verwaltungsakt seiner Rechtswirkungen entkleidet, so kann dies schon aus Gründen der Rechtssicherheit grundsätzlich und soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt, wie z. B. bei der Ernennung, nur ex nunc und nicht ex tunc geschehen. Für den mangelhaften Ernennungsakt sind die Voraussetzungen zur Beurteilung dieser Fragen wesentlich andere, wie bei dem mangelhaften Beendigungsakt. Auch durch die fehlerhafte Beendigungsverfügung, soweit diese nicht von Anbeginn nichtig ist, verliert der Beamte zunächst seine Beamteneigenschaft und sein Dienstverhältnis wird aufgelöst. Wollte man nun der erfolgreich angefochtenen Beendigungsverfügung Rechtswirkungen ex tunc zusprechen[79]), dann würde der fehlerhaft entlassene oder in den Ruhestand versetzte Beamte mit Rückwirkung seine Beamteneigenschaft wieder erlangen. Die rechtlichen Folgerungen daraus wären vor allem mit dem Inhalt und Wesen des Beamtenverhältnisses nicht zu vereinbaren. Eine rückwirkende Verleihung der Beamteneigenschaft und Wiederbelebung des Beamtenverhältnisses kann überdies nur, wie etwa in § 55 DBG., kraft Gesetzes in Betracht kommen. Somit läßt sich allein der mit der Anfechtung der Beendigungsverfügung ex nunc erfolgende Eintritt der Rechtswirkungen rechtlich und tatsächlich rechtfertigen. Der Unterschied, ob die Fehlerhaftigkeit des Beendigungsaktes ursächlich auf die verfügende Behörde oder den betroffenen Beamten zurückgeht, ob die Behörde oder der Beamte diese zu vertreten hat, ist insoweit von Bedeutung, als der Beamte nur im ersteren Falle seinen auf die fehlerhaft erfolgte Beendigung des Beamtenverhältnisses ursächlich zurückzuführenden und in der als Unterbrechung besonderer Art des Beamtenverhältnisses aufzufassenden Zwischenzeit entstandenen Schaden geltendmachen kann.

Die Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit des Beendigungsaktes ist an keine bestimmte Form gebunden. Sie ist jedoch empfangs-

79) Wie RGZ 124, 195; PrOVG. 78, 251 ff.; W. Jellinek in „Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen", S. 81.

bedürftig. Auf Seiten der anfechtenden Behörde wird sie sich in der Aufhebung der Beendigungsverfügung, und zwar durch einen Verwaltungsgegenakt und dessen Mitteilung an den Beamten, äußern, auf Seiten des fehlerhaft entlassenen oder in den Ruhestand versetzten Beamten in einer schriftlichen oder mündlichen Willenserklärung. Anfechtungsgegner ist einerseits die verfügende Behörde, anderseits der von der fehlerhaften Beendigungsverfügung betroffene Beamte[80]).

Die jeweilige Anfechtungsfrist richtet sich mangels einer gesetzlichen Bestimmung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben. Dieser Grundsatz bildet den Maßstab für die Beurteilung, wann das Anfechtungsrecht der Behörde oder des Beamten durch Rechtsverwirkung untergeht[81]).

In der Verwaltungsübung wird die Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit einer Beendigungsverfügung allerdings keine besondere Rolle spielen. Diese Tatsache enthebt aber nicht der Aufgabe, auf diesen Fragenkreis entsprechend einzugehen.

3. Die fehlerhafte Beendigung durch Urteil.

Endlich ist die Beendigung des Beamtenverhältnisses durch rechtskräftiges dienststrafrechtliches Urteil fehlerhaft, wenn dieses unter Verletzung des Rechts zustandegekommen ist. Das Gesetz läßt indessen die Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit eines die Entfernung aus dem Dienst aussprechenden Urteils nur sehr beschränkt zu, schon deshalb, weil dem verurteilten Beamten vor Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung des Dienststrafgerichts das Rechtsmittel der Berufung zusteht und er somit weitgehend die Möglichkeit hat, seine Verurteilung auf Entfernung aus dem Dienst, wenn diese mit der Sach- und Rechtslage nicht vereinbar ist, abzuwenden.

Von den fehlerhaften Urteilen sind vorweg die Nichturteile zu unterscheiden, d. h. die „Urteile", die wegen Fehlens einer wesentlichen Voraussetzung (z. B. Vorhandensein eines Dienststrafgerichts,

80) In Ausnahmefällen kann der fehlerhafte Antrag des Beamten auch durch Drittel (etwa durch die Hinterbliebenen) geltend gemacht werden. Vgl. RG in Sievers a. a. O. S. 423 f.

81) Vgl. Laforet a. a. O. S. 244.

Schriftlichkeit) überhaupt keine dienststrafgerichtlichen Entscheidungen darstellen, sondern mehr oder weniger nur deren Schein tragen. Die RDStO. sieht für die Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit eines rechtskräftigen Dienststrafurteils ein besonderes Verfahren, das Wiederaufnahmeverfahren, vor. Aus der gesetzlichen Regelung ergibt sich, daß jede andere Art von Geltendmachung eines Mangels hinsichtlich des rechtskräftigen Beendigungsurteils unmöglich und nur aus den im Gesetz ausdrücklich aufgeführten Gründen zulässig ist (§§ 83 ff. RDStO.). Das Recht, die Beseitigung des Beendigungsurteils durch ein Wiederaufnahmeverfahren zu betreiben, steht sowohl der Behörde zu, die das Dienststrafverfahren seinerzeit einleitete, wie auch dem ehemaligen Beamten selbst, unter Umständen seinem gesetzlichen Vertreter, nach seinem Tode ferner seinem Ehegatten, seinen Verwandten auf- und absteigender Linie und endlich seinen Geschwistern (§ 86 RDStO.). Der zur Einleitung des Wiederaufnahmeverfahrens erforderliche und an keine Frist gebundene Antrag als solcher vermag das fehlerhafte Dienststrafurteil in seiner Wirksamkeit nicht zu berühren. Das Beendigungsurteil kann nur durch ein Gegenurteil, durch einen rechtsgestaltenden neuen Richterspruch des zuständigen Dienststrafgerichts, beseitigt werden. Inhalt dieses das Beendigungsurteil aufhebenden neuen Urteils ist nicht die Verurteilung des Dienstherrn und des Beamten zur Fortsetzung des früher erloschenen Beamtenverhältnisses, sondern diese Fortsetzung tritt ausschließlich kraft Gesetzes ein. Die Rechtswirkungen eines rechtskräftigen das Beendigungsurteil aufhebenden Urteils regelt das Gesetz in § 94 RDStO. ausdrücklich selbst und zwar durch Hinweis darauf, daß § 55 DBG. sinngemäß gilt. Das Beamtenverhältnis wird darnach mit Wirkung ex tunc, wenn nicht ein anderer gesetzlicher Hinderungsgrund vorliegt, fortgesetzt und zwar erfolgt diese Fortsetzung zunächst im Wartestand.

§ 10

Rechtschutz des Beamten gegen die Beendigung des Beamtenverhältnisses.

Das Beamtenverhältnis wird, abgesehen von den Fällen der Entlassung oder Zurruheversetzung auf Antrag und des Eintritts in

den Ruhestand kraft Gesetzes, in der Regel gegen den Willen des betroffenen Beamten rechtswirksam sein Ende nehmen. Die Beendigung des Beamtenverhältnisses im Hinblick darauf betrachtet, ob sie mit oder gegen den Willen des Beamten erfolgt, führt zu der Frage des Rechtsschutzes gegen den Verlust der Beamteneigenschaft und gegebenenfalls gegen die Härten, die dieser Verlust mit sich bringt.

Der Schluß, daß im Rahmen der Beendigung de facto und de iure kein Rechtsschutz des Beamten in Betracht kommen kann, rechtfertigt sich aus diesen Beendigungsbegriffen selbst. Was die Entfernung aus dem Dienst betrifft, so ergibt sich aus ihrer Rechtsnatur als gerichtliche Entscheidung, daß dem Beamten gegen sie kein anderer Rechtsschutz zusteht, als der den die RDStO. ausdrücklich und abschließend regelt. Er erschöpft sich in den Verfahrensvorschriften und dem Wiederaufnahmeverfahren gegen das rechtskräftige Dienststrafurteil und bietet keine wesentlichen beamtenrechtlichen Besonderheiten. Die zu untersuchende Frage des Rechtsschutzes des Beamten gegen die Beendigung seines Beamtenverhältnisses und deren Härten kann somit auf die durch Verwaltungsakt erfolgende Beendigung beschränkt werden.

Dem Beamten kommt zunächst der gleiche Rechtsschutz zustatten, den die Rechtsordnung gegen mißbräuchliche Tätigkeit der Verwaltung jeden anderen Volksgenossen auch gewährt. Hierunter fällt als Rechtsschutz im weiteren Sinne die Bindung der für die Beendigung des Beamtenverhältnisses zuständigen Behörden an die Grundsätze des Rechts und soweit die zuständige Behörde Unterbehörde ist, deren Bindung an die Weisungsgewalt der übergeordneten Stelle[82]). Als nächstliegender Rechtsbehelf des Beamten gegen die ihn treffende Beendigungsverfügung ist die Gegenvorstellung zu nennen. Der Beamte kann sich an die verfügende Behörde wenden mit dem Begehren, daß diese den Beendigungsakt nochmals überprüfe und ihn womöglich zurücknehme oder wenigstens abändere. Schließlich ist in all den Fällen, in denen nicht der Führer selbst die Beendigung des Beamtenverhältnisses verfügt, der allgemeine Rechtsbehelf der Aufsichtsbeschwerde, d. h. der Anru-

82) Vgl. Laforet a. a. O. S. 252.

fung der Überordnungsgewalt[83]) mit dem der Gegenvorstellung entsprechenden Inhalt möglich. Weder mit der Gegenvorstellung noch der Anrufung der Überordnungsgewalt, die beide form- und fristlos sind, braucht jedoch die Behörde den Beamten zu hören.

Zu diesem ganz allgemeinen Rechtsschutz des Beamten tritt jener, der sich im besonderen aus dem DBG. ergibt. Wie schon die Grundsätze der allgemeinen Rechtsordnung einen gewissen Rechtsschutz des Beamten darstellen, so fügt das DBG. diesem einen weiteren sicherlich bedeutsamen insofern hinzu, als eine das Beamtenverhältnis des Beamten auf Lebenszeit oder auf Zeit beendigende Verfügung nur bei Vorliegen bestimmter gesetzlicher Tatbestände ergehen darf[84]). Ein wiederum erhöhter Schutz ist hierbei darin zu erblicken, daß der Gesetzgeber in bestimmten Fällen ein eigenes Verfahren vor Beendigung des Beamtenverhältnisses vorschreibt (§§ 71, 73 ff. DBG.)[85]).

Während in Ansehung des in den Ruhestand tretenden Beamten wegen seines Versorgungsanspruchs kaum von einer durch die Beendigung des Beamtenverhältnisses entstehenden Härte und deshalb auch nicht von einem weiteren Rechtsschutzbedürfnis gesprochen werden kann, sieht das DBG.[86]) zugunsten des auf Lebenszeit oder Zeit ernannten Beamten, der entlassen wird, keinen entsprechenden Ausgleich für die ihm hieraus erwachsenden möglicherweise sehr empfindlichen vermögensrechtlichen Nachteile vor. Dies ist offenbar auf die Gründe zurückzuführen, an die der Gesetzgeber die Entlassung knüpft. Lediglich § 64 DBG. sichert dem weiblichen Beamten aus hier in besonderem Maße gerechtfertigten Billigkeitsrücksichten eine Abfindung.

---

83) Dieser von Laforet geprägte Ausdruck (a. a. O. S. 252 ff.) kennzeichnet sicherlich am besten den von der herrschenden Lehre und der Verwaltungsübung leider vielfach mit „Dienstaufsichtsbeschwerde" bezeichneten Sachverhalt der Aufsicht einer oberen Behörde über eine untere. „Die Bezeichnung ‚Dienstaufsichtsbeschwerde' sollte allein auf die Fälle der Anrufung des Dienstvorgesetzten beschränkt werden. Nur dann werden Unklarheiten und Vermengungen vermieden" (a. a. O. S. 253 Anm. 2). Es ist durchaus denkbar, daß die Beendigung des Beamtenverhältnisses den Beamten neben der Anrufung der Überordnungsgewalt auch zu einer solchen Dienstaufsichtsbeschwerde veranlaßt.

84) Vgl. Nadler-Wittland-Ruppert a. a. O. S. 1064.

85) Vgl. Brand a. a. O. S. 462/3.

86) An Schutzbestimmungen außerhalb des DBG. können nur die sozialrechtlichen Vorschriften über die Nachversicherungspflicht des Dienstherrn erwähnt werden. Siehe oben S. 118/119.

Über den dargestellten Rechtsschutz hinaus weist das DBG. keine Schutzbestimmungen für die Beamten auf Lebenszeit und Zeit auf. Sie entbehren somit eines förmlichen Rechtsschutzes und vor allem eines Rechtsschutzanspruchs gegen die Beendigung des Beamtenverhältnisses. Selbst eine gerichtliche feststellende Entscheidung über das rechtmäßige Bestehen oder Nichtbestehen eines Beamtenverhältnisses im Wege über eine vermögensrechtliche Klage des Beamten nach § 142 DBG. ist heute[87]) auf Grund § 146 DBG., wonach die Gerichte an die über die Beendigung des Beamtenverhältnisses entscheidenden Verfügungen der Behörden gebunden sind, es sei denn, daß diese Verfügungen von vornherein nichtig sind, ohne Zweifel nicht mehr möglich[88])[89]).

Von allen Beamten nimmt offensichtlich der Widerrufsbeamte die am wenigsten gesicherte Rechtsstellung ein. Wenn sich der einzige ausdrückliche Rechtsschutz des Widerrufsbeamten im Rahmen des DBG.[90]) in den §§ 62 und 76 erschöpft, so liegt dies in der Absicht des Gesetzgebers. Die recht unsichere Stellung des Widerrufsbeamten soll diesem Ansporn sein, unter Beweis zu stellen, daß er würdig und geeignet ist, Beamter auf Lebenszeit zu werden und dem Dienstherrn die Möglichkeit bieten, bei Nichterfüllung der Erwartungen, die er in den Beamten setzt, ohne weiteres die Entlassung durch Widerruf auszusprechen. Der geringe Rechtsschutz des Widerrufsbeamten und die dennoch allgemein herrschende Vorstellung von der gesicherten Stellung des Beamten drängen zu einem wenn auch nur die wesentlichen Gesichtspunkte umfassenden Ver-

---

87) Vgl. für das frühere Recht das RGZ in Bd. 110 S. 193: „Ob eine Entlassungsverfügung der vorgesetzten Dienstbehörde an sich geeignet ist, das Beamtenverhältnis zu beendigen, unterliegt der Nachprüfung durch die Gerichte".

88) Das Recht des Richters der ordentlichen Gerichtsbarkeit, die Ernennungs- oder Beendigungsverfügungen nachzuprüfen, beschränkt sich allein auf die Prüfung des rechtlichen Bestands dieser Verfügungen. Das in seiner Ziffer 4 reichlich unklare Urteil des KompKGH vom 25. 6. 1938 (GVBl. 1938 Beilage I) vermengt in bedauerlicher Weise die Frage des Bestands eines Verwaltungsaktes mit der Frage der Zulässigkeit der Nachprüfung eines Verwaltungsaktes.

89) Eine Feststellung in diesem Sinne kann nur in den Fällen der Beendigung de facto und de iure getroffen werden. Hier fehlt eine behördliche Entscheidung, an die das ordentliche Gericht nach § 146 DBG. gebunden wäre. Dieses muß gegebenenfalls selbst das Bestehen oder Nichtbestehen des Beamtenverhältnisses feststellen, aus dem der Kläger seinen Klagsanspruch ableitet. Aber auch insoweit ist eine selbständige Feststellungsklage nicht möglich.

90) Die Feststellung auf S. 103 Anm. 86 gilt auch für den Widerrufsbeamten.

gleich zu dem Rechtsschutz, den der Gesetzgeber dem Arbeitnehmer der freien Wirtschaft gewährt. Die einzige Schranke, die das Gesetz der für die Entlassung des Widerrufsbeamten zuständigen Stelle setzt, ist zunächst nur die Willkür, d. h. das Fehlen irgend eines Grundes für die Ausübung des Widerrufsrechts nach § 61 DBG. Die Art des Grundes, auf den die Entlassungsverfügung gestützt werden muß, und ob dieser Grund auf Seiten des Dienstherrn oder des Beamten liegt, ist dabei gleichgültig. Im Rahmen des DBG. ist es allein in dem Ausnahmefall des § 76, wenn der Beamte auf Widerruf mit Dienstbezügen „infolge von Krankheit, Verwundung oder sonstiger Beschädigung, die er sich ohne grobes Verschulden bei Ausübung oder aus Veranlassung des Dienstes zugezogen hat, dienstunfähig geworden ist", der zuständigen Behörde überhaupt verwehrt, das Beamtenverhältnis des Widerrufsbeamten durch Ausübung des Widerrufs zu beenden[91]). Der Widerrufsbeamte ist bei Vorliegen dieses Tatbestandes in den Ruhestand zu versetzen. Bei Dienstunfähigkeit infolge anderer Gründe und bei Erreichung der Altersgrenze steht es im pflichtmäßigen Ermessen der obersten Dienstbehörde mit Zustimmung des Reichsfinanzministers an Stelle der Ausübung des Widerrufs die Versetzung in den Ruhestand zu verfügen (§ 76 Abs. 2 und 4 DBG.). Während die Entlassung des Widerrufsbeamten somit keines besonderen Grundes bedarf, es vielmehr genügt, wenn die zuständige Behörde bei Ausübung ihres Widerrufsrechts die an sich weitgesteckten Grenzen des pflichtmäßigen Ermessens wahrt, kann demgegenüber dem großen Heer der Arbeitnehmer, bei welchen die Voraussetzungen des § 56 AOG. zutreffen, grundsätzlich nur dann gekündigt werden, falls die Kündigung durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt ist und für den einzelnen Arbeitnehmer nicht eine unbillige Härte darstellt. Ferner darf das Arbeitsverhältnis des Handlungsgehilfen, dem nicht schon der Schutz des § 56 AOG. zusteht, nach §§ 70 und 72 HGB. gegen die zwingenden Vorschriften des Gesetzes (§ 67 HGB.) nur aus einem „wichtigen Grunde" fristlos aufgelöst werden. Der nach dem pflichtmäßigen Ermessen der Be-

91) Als wichtigstes Beispiel einer Beschränkung des freien Widerrufs außerhalb des DBG. sind die §§ 8 ff. des Deutschen Polizeibeamtengesetzes vom 24. 7. 1937 (RGBl. I S. 653) zu nennen.

hörde gerechtfertigte Widerruf ist an keine Frist gebunden, er kann jederzeit und mit sofortiger Wirkung ausgesprochen werden. Für die Angestellten hingegen greift, soweit nicht ausnahmsweise fristlose Entlassung im Rahmen des Gesetzes in Frage kommt, vor allem das zu ihrem Schutz erlassene Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 9. Juli 1926[92]) Platz. Dieses Gesetz sieht eine mit der Beschäftigungszeit bis zu sechs Monaten steigende Kündigungsfrist vor. Was endlich den Ausgleich der durch die Entlassung des Widerrufsbeamten bedingten Härten betrifft, so billigt ihm das Gesetz lediglich die Bezüge des laufenden Monats und ein Übergangsgeld zu, das sich erst nach frühestens zwölfjähriger Dienstzeit auf das Sechsfache der Dienstbezüge des letzten Monats beläuft. Nur in dem Ausnahmefall des § 76 DBG. „kann" dem Beamten ein Unterhaltsbeitrag auf Zeit oder lebenslänglich bewilligt werden. Dem Widerrufsbeamten gegenüber hat der Arbeiter oder Angestellte bereits nach einjähriger Beschäftigung in dem gleichen Betriebe oder Unternehmen (§ 56 AOG.), falls das Gericht auf Widerruf der Kündigung erkennt und dieser vom Unternehmer abgelehnt wird, einen Rechtsanspruch auf eine Entschädigungssumme, die sich an der wirtschaftlichen Lage des Gekündigten und an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Betriebes bemißt und den Betrag des halben, unter Umständen vollen, letzten Jahresarbeitsverdienstes erreichen kann (§ 58 AOG.). Diese Gegenüberstellung der Vorschriften, die das Gesetz zum Schutz des Widerrufsbeamten und zum Schutz des Arbeitnehmers der freien Wirtschaft vorsieht, genügt, um aufzuzeigen, daß der Widerrufsbeamte, soweit es sich um die Frage der Beendigung seines Beamtenverhältnisses handelt, nach dem positiven Recht besonders dem Angestellten gegenüber im Nachteil ist.

Aber auch die nichtbeamteten Gefolgschaftsmitglieder des öffentlichen Dienstes und namentlich sie erfreuen sich einer günstigeren rechtlichen Stellung als die Widerrufsbeamten. Dies geht offensichtlich, weshalb sich nähere Ausführungen erübrigen, aus § 22 AOGö.[93]), den Tarifordnungen (Allgemeine Tarifordnung, Tarif-

92) RGBl. I S. 399.

93) Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben v. 23. 3. 1934 (RGBl. I S. 220).

ordnung A, Tarifordnung B) für Gefolgschaftsmitglieder im öffentlichen Dienst[94]) (vor allem den §§ 17, 18 ATO., §§ 16 ff. TO. A., §§ 21 f. TO. B.) und aus den diesen Tarifordnungen entsprechenden Allgemeinen Dienstordnungen[95]) (vor allem der ADO. zur TO. A. zu §§ 16 f. und der ADO. zur TO. B. zu §§ 21 f.) hervor.

Über allem Rechtsschutz, den das positive Recht bietet und bieten kann, steht jedoch, und das ist vornehmlich für den Widerrufsbeamten und seiner nach dem Gesetz recht unsicheren Stellung ein Ausgleich von ausschlaggebender Bedeutung, der besondere Schutz, den der Führer jedem deutschen Beamten feierlich zugesichert hat (§ 3 Abs. 1 DBG.) und der in dem persönlichen Treueverhältnis, in dem sich jeder Beamte zum Führer befindet, seine höchste Gestaltung erfährt.

Schlußwort.

Im Weimarer Zwischenreich war das Berufsbeamtentum auf dem besten Wege, den Ruhm des „unvergleichlichen Beamtenkörpers" des Bismarckreiches, den der Führer in seinem Werk „Mein Kampf"[96]) in anerkennenden Worten hervorhebt, endgültig einzubüßen[97]). Die nationalsozialistische Rechtserneuerung brachte die entscheidende Wendung. Das DBG. gibt in bisher nicht gekanntem Umfange die Gewähr dafür, daß nur der Volksgenosse Beamter werden und bleiben kann, der eines Dienst- und Treueverhältnisses zu Führer und Reich würdig ist. So ist wieder ein deutsches Berufsbeamtentum im Erstehen, von dem Laforet[98]) einmal sagte:

„Unser Volk ist beim Berufsbeamtentum groß geworden. Das Berufsbeamtentum des Beamtenrechts hat den Staat in schwersten Stunden gerettet! Laßt es uns erhalten und auf ihm weiterbauen zum Heile von Staat und Gemeinden!"

---

94) Veröffentlicht im Reichsarbeitsblatt 1938 S. VI 471 ff.
95) RGBl. I S. 461 ff.
96) Adolf Hitler, Mein Kampf, S. 308.
97) Vgl. Seel in Frank a. a. O. S. 154.
98) Laforet, Beamtenrecht oder Arbeitsrecht? a. a. O. S. 9.